

**Zur materiellrechtlichen Überprüfbarkeit gemeindlicher
Bebauungspläne**

INAUGURAL-DISSERTATION

**zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der
Freien Universität Berlin**

**vorgelegt von
Werner Giese
Rechtsanwalt in Berlin**

1969

Zur materiellrechtlichen Überprüfbarkeit gemeindlicher
Bebauungspläne

I N A U G U R A L - D I S S E R T A T I O N

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Werner Giese
Rechtsanwalt in Berlin

1969



Erstgutachter : Professor Dr. jur. Roman Herzog

Zweitgutachter : Professor Dr. jur. Willi Blömel

Tag der mündlichen Prüfung: 8. Oktober 1969

Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
Abkürzungs- und Schrifttumverzeichnis	I
Einleitung	1
I Der Umfang der gerichtlichen Kontrollbefugnis	7
1. Kongruenz des behördlichen und gerichtlichen Prüfungsmaßstabes	7
2. Der Meinungsstand zum Umfang des Prüfungsrechts im Genehmigungsverfahren nach §§ 11, 6 BBauG	11
3. Die Bedeutung des § 1 BBauG im Genehmigungsverfahren	15
a) Die Erfordernisse des § 1 BBauG als unbestimmte Rechtsbegriffe	15
b) Die vermeintlichen Muß- und Sollvorschriften in § 1 Abs. 3 - 5 BBauG	33
4. Die Konkurrenz der öffentlichen Belange des § 1 Abs. 3 - 5 BBauG	39
a) Die Lösung des Konkurrenzproblems durch Anwendung des Übermaßverbotes	59
b) Anwendung des Übermaßverbotes wegen seines Verfassungsranges?	66
c) Der Bebauungsplan als Maßnahmegesetz?	74
d) Das bauplanungsrechtliche Übermaßverbot	84
5. Die Abwägung der privaten Belange untereinander	94

	<u>Seite</u>
a) Begriff	94
b) Konkurrenzen	101
6. Die Abwägung der öffentlichen und privaten Belange gegeneinander	107
II Die Zweckmäßigkeitskontrolle in der Bauleitplanung	111
1. Die Legitimation der Zweckmäßigkeitskontrolle im Bauplanungsrecht	118
2. Definition der Zweckmäßigkeit	121
3. Die Kriterien der Zweckmäßigkeitsprüfung	128
a) Zweck und Mittel der Bauleitplanung	128
b) Die bei Auswahl der Planungsmöglichkeiten zu beachtenden Gesichtspunkte	129
c) Der Maßstab für die bestmögliche Berücksichtigung der bei Auswahl der Planungsmöglichkeiten zu beachtenden Gesichtspunkte	136
III Die Zuerkennung von Beurteilungsspielräumen innerhalb der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 1 BBaug	145
1. Begriff des Beurteilungsspielraums und mögliche Funktion im Bauplanungsrecht	145
2. Die Lehre vom Beurteilungsspielraum	149
3. Die verfassungsrechtliche Problematik der Einräumung von Beurteilungsspielräumen durch den Gesetzgeber	165
4. Die gesetzgeberische Entscheidung gegen die Einräumung von Beurteilungsspielräumen im Bauplanungsrecht	181

	<u>Seite</u>
IV Zur Anwendbarkeit der gewonnenen Ergebnisse in der Praxis	195
Lebenslauf	202



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Abkürzungs- und Schrifttumverzeichnis

AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
Bachof, Otto	Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht JZ 1955, 97 ff
derselbe	Verwaltungsgerichtliches Normenkontrollverfahren - Bundesrecht als Maßstabsrecht? - DÖV 1964, 9 ff
Baldauf, Günther	Grenzen für den Rechtsschutz im verbindlichen Bauplanungsrecht, BILGW 1968, 1 ff
Ballerstedt, Kurt	Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze, in Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, 1957, 369 ff
Bartlsperger, Richard	Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates, DVBl 1967, 360 ff
BaWüVBl	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
BaWüVGH	Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg

BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter. Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Beenken, Reinhard	Zur Überprüfbarkeit gemeindlicher Bebauungspläne, Jur. Diss, Köln, 1966
BFH	Bundesfinanzhof
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen
Bielenberg, Walter	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15.6.1967, EPlar V BGH 6.67
Bigalke, Hubert	Die Genehmigung der Bauleitpläne, DÖV 1957, 444 ff
BlGBW	Blätter für Grundstücks- Bau- und Wohnungsrecht
Blümel, Willy	Die inhaltliche Überprüfung des Be- bauungsplans im nachfolgenden Ent- scheidungsverfahren, DÖV 1965, 297ff
derselbe	Literaturbesprechung in DÖV 1968, 133 ff

Bonner Kommentar	Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar). Bearbeitet von H. J. Abraham, P. Badura, R. Bernhardt u. a., Hamburg, Zweitbearbeitung, 1964 ff
Brohm, Winfried	Rechtsschutz im Bauplanungsrecht. Gesetz - verbindliche Planung - Nachbarrecht. Stuttgart, 1959 (res publica Bd. 3)
BRS	Baurechtsammlung, Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, Bauandgerichte und anderer Gerichte aus dem Bau- und Bodenrecht. Düsseldorf 1954 ff
Brügelmann	Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960. Dargestellt und erläutert von Hermann Brügelmann u. a. Band 1, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1960- <u>1967</u>
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drucksache	Verhandlungen des Deutschen Bundestages. Anlage zu den Stenographischen Berichten

Buchholz	Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, herausgegeben von Karl Buchholz. Berlin, Köln 1957 ff
Bühler, Ottmar	Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin, Stuttgart, 1914
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BverwG	Bundesverwaltungsgericht
BverwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DÖV	Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
Drews-Wacke	Allgemeines Polizeirecht-Ordnungsrecht der Länder und des Bundes. Dargestellt für Verwaltungsbeamte und das wissenschaftliche Studium von Gerhard Wacke. Zugleich 7., völlig erneuerte Auflage des von Bill Drews begründeten Leitfadens, Berlin, Köln, München, Bonn, 1961

DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
Ehmke, Horst	"Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, Tübingen 1960
EPlaR	Entscheidungen zum Planungsrecht. Systematische Sammlung gerichtlicher Entscheidungen auf dem Gebiet des Städtebau-, Landesplanungs- und Raumordnungsrechts mit Besprechungen. Herausgeber: Institut für Städtebau, Wohnungswirtschaft und Bausparwesen (Arnold-Knoblauch-Institut) e.V., Bonn
Ernst, Werner	Der Plan im Verwaltungsrecht, DVB1 1960, 344 ff
ESVGH	Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg mit Entscheidungen der Staatsgerichtshöfe beider Länder
EvStLex	Evangelisches Staatslexikon, Herausgegeben von Hermann Kunst und Siegfried Grundmann. In Zusammenarbeit mit Wilhelm Schneemelcher und Roman Herzog, Stuttgart, Berlin 1966

- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
Band 1, Allgemeiner Teil, 8. Auf-
lage München, Berlin 1961
- derselbe Norm und Verwaltungsakt im gelten-
den und künftigen Baurecht, DVBl
1957, 113
- derselbe Über Maßnahmegesetze, in Forschun-
gen und Berichte aus dem öffent-
lichen Recht. Gedächtnisschrift
für Walter Jellinek, 1955
- Franzen, Wilhelm Bundesbaugesetz, Kommentar, Ber-
lin 1960
- Frohberg, Günther Eigentumsgewährleistung durch Pla-
nungsgebundenheit, JR 1963, 174 ff
- Gehrmann, W Die Prüfung der Bauleitpläne durch
die Gerichte, Gemeinnütziges Woh-
nungswesen 1967, 249 ff
- Gelzer, Konrad Das neue Bauplanungsrecht, Köln
1964
- GemO Gemeindeordnung
- Gönnenwein, Otto Die Kommunalaufsicht als Rechtsauf-
sicht, in Forschungen und Berichte
aus dem öffentlichen Recht, Ge-
dächtnisschrift für Walter Jelli-
nek, 1955, 511 ff

- | | |
|---------------------------|---|
| Grauvogel | Zentral- und Randprobleme zur Rechtsnatur gemeindlicher Bebauungspläne und zur Revisibilität dieser Fragen, DVBl 1958, S. 72 ff |
| Haas, Diether | Das Enteignungsrecht des Bundesbaugesetzes, DVBl 1961, 257 ff |
| Hacker, Helmut | Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, JR 1967, 130 ff |
| Halstenberg,
Friedrich | Bauleitplanung und Raumordnung, in Verwaltung und Wirtschaft, Schriftenreihe der Westfälischen Verwaltung- und Wirtschaftsakademien, Heft 25, Stuttgart, 1961 |
| Hamann, Andreas | Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, 2. Auflage, Neuwied, Berlin 1960 |
| v.Hausen-v.d.Heide | Bundesbaugesetz vom 23.6.1960. Handkommentar, München 1961 |
| Heitzer-Oest-
reicher | Bundesbaugesetz mit Ausführungsvorschriften des Bundes, Hinweis auf die Ländervorschriften sowie mit Raumordnungsgesetz und Landesplanungsgesetzen. Kommentar Berlin 1965 |
| Herzog, Roman | Verfassungsgerichtliche und verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, BayVB1 1961, 368 |

- derselbe "Eigentum" in EvStLex, S. 381
- Holdegel, Helmut Sind Normenkontrollbeschlüsse revisionsfähig? DÖV 1954, 209 ff
- Hoppe, Werner Bauleitplanung und Eigentums-garantie, DVBl 1964, 165 ff
- Huber, Ernst-Rudolf Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, 97, 135, 172, 200 ff
- derselbe Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 2, 2. Auflage, Tübingen 1954
- Huber, Konrad Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz. Eine Studie zum rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff, Berlin 1963
- Imboden, Max Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVdSt 18, 1960, 113 ff
- Jellinek, Walter Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen. Tübingen 1913
- Jesch, Dietrich Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82, 163 ff

JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
Katzenstein, Dietrich	Enteignungsrechtsprechung beim Übergang zum Bundesbaugesetz, DÖV 1961, 581 ff
Kellner, Hugo	Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 1962, 572
derselbe	Der sogenannte Beurteilungs- spielraum in der verwaltungs- gerichtlichen Praxis, NJW 1966, 857 ff
Klein, Rüdiger	Die Kongruenz des verwaltungs- rechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit, AöR 82, 1957, 75 ff
Knaup-Ingenstau	Bundesbaugesetz mit Kommentar, Düsseldorf 1961
Kopp, Ferdinand O.	Die Grenzen richterlicher Nach- prüfung wertender Entscheidun- gen der Verwaltung, DÖV 1966, 317 ff
Korbmacher, Günther	Ermessen-unbestimmter Rechts- begriff-Beurteilungsspielraum, DÖV 1965, 696 ff

- v.Krauss, Rupprecht Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, Hamburg 1955
- Kuntzmann-Auert, Marion Rechtsstaat und kommunale Selbstverwaltung. Die Vereinbarkeit rechtsstaatlicher Grundsätze mit einer von politischen Kräften getragenen Selbstverwaltung, Köln, Berlin, Bonn, München, 1967
- v.Laun, Rudolf Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig und Wien 1910
- Lerche, Peter Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln, Berlin, München, Bonn 1961
- LG Landgericht
- Luther-Gutachten Die Neugliederung des Bundesgebietes. Gutachten des von der Bundesregierung eingesetzten Sachverständigenausschusses. Bonn, Köln, Berlin 1955
- Lücke Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JZ 1956, 590
- Mang, Johann Anmerkung zu Heitzer, Die Baulinienfestsetzung nach bayerischem Recht, BayVBl 1955, 170, in BayVBl 1955, 172 ff

- | | |
|--------------------------------|---|
| v.Mangoldt-Klein | Das Bonner Grundgesetz. Erläutert von Hermann von Mangoldt, in 2. vermehrter Auflage neu bearbeitet von Friedrich Klein. Berlin und Frankfurt/M. 1964 |
| Marcus, Franz | Ist Südschleswig ein zum Volksbegehren nach Art. 29 Abs. 2 des Grundgesetzes berechtigter Gebietsteil? AöR 76, 1950/51, 290 ff |
| Maunz-Dürig | Grundgesetz. Kommentar von Theodor Maunz, Günter Dürig, Band 1 und 2, München und Berlin 1958ff |
| Menger,
Christian-Friedrich | Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, III, Teil 2, 1959, 745 ff |
| derselbe | Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVdSt 15, 1957, 3 ff |
| Meyer, Klaus | Zur Problematik der unbestimmten Rechtsbegriffe in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, DÖV 1954, 368 f |
| Meyer-Stich-Tittel | Bundesbaurecht, Bearbeitet von Klaus Meyer, Rudolf Stich, Hans-Joachim Tittel, Köln, Berlin, Bonn, München 1966 |

Müller, Klaus	Zur Problematik der Genehmigungsvorbehalte, VerwArch, Band 54, 1963, 170 ff
Nau, Philipp	Staatliche Raumordnung und gemeindliche Selbstverwaltung, DÖV 1962, 533 ff
Nawiasky, Hans	Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart und Köln 1950
Neuffer, Otto	Das neue Baurecht, Loseblattkommentar der in Baden-Württemberg geltenden bundesrechtlichen und landesrechtlichen Bestimmungen, Herausgegeben von Otto Neuffer, Stuttgart 1961
derselbe	Bauleitplanung nach dem Bundesbaugesetz, BaWüVBl 1961, 49 ff
derselbe	Zum Bundesbaugesetz, BaWüVBl 1960, 113 ff
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Obermayer, Klaus	Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVdSt 18, 1960, 144 ff
OVG	Oberverwaltungsgericht

Paulus, Willy	Ortsbauplan und Normenkontrolle, BaWüVBl 1960, 101 ff
Renck, Ludwig	Bundesrecht als Maßstabrecht im verwaltungsgerichtlichen Normen- kontrollverfahren? DÖV 1964, 1 ff
derselbe	Die verfahrensrechtlichen Mög- lichkeiten eines Rechtsschutzes bei Rechtsverletzungen unmittel- bar durch Rechtsvorschrift, DÖV 1964, 651 ff
Reuß, Hermann	Das Ermessen, DVBl 1953, 585 ff
derselbe	Der unbestimmte Rechtsbegriff, DVBl 1953, 649 ff
derselbe	Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 10. 3. 1954, I C 5/53 (DÖV 54, 532) in DÖV 1954, 535 ff
derselbe	Anmerkung zu den Urteilen des VGH Freiburg v. 30. 7. 1953, 38/51, und des VGH Stuttgart v. 16. 1. 1953, 3 K 335/52, in DÖV 1954, 55 ff
Rosin, Heinrich	Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Auflage, Berlin 1895

- Scheuner, Ulrich Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit, DÖV 1960, 601
- derselbe Das parlamentarische Regierungssystem in der Bundesrepublik, DÖV 1957, 633
- Schlez, Georg Die Rechtsprechung des Württ.-Bad. VGH und des VGH Baden-Württemberg zum Bebauungsplanrecht, BaWüVBl 1963, 82
- Schneider, Hans Über Einzelfallgesetze, in Festschrift für Carl Schmidt, 1959, 159 ff
- Schrödter, Hans Bundesbaugesetz, Erläutert von Hans Schrödter, Berlin und Frankfurt 1964
- Schütz-Frohberg Kommentar zum Bundesbaugesetz von Walter Schütz, Günther Frohberg, Neuwied, Berlin, Darmstadt, 1960
- Schwankhardt, Franz Rechtsstaatlichkeit und unbestimmter Rechtsbegriff, BayVBl 1964, 133
- Sellmann, Martin Rechtsschutz im Bauplanungsrecht - rechtspolitisch gesehen, DÖV 1967, 219 ff
- Stich, Rudolf Einvernehmen und Zustimmung, DVBl 1963, 193 ff

- Ule, Carl-Hermann Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Auflage, Köln, Berlin 1962
- derselbe Verwaltungsprozeßrecht, Ein Studierbuch, 4. Auflage, München und Berlin 1966
- derselbe Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, 309 ff
- VerwArch Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
- VwRspr Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
- VVdSt Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
- Weber, Werner Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, in Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 19, 1963, 17 ff
- Wehrhahn, Herbert Das Gesetz als Norm und Maßnahme, in VVdSt 15, 1957, 35 ff

- Werner, Fritz Zur Kritik an der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1957, 221
- Wolff, Hans-J. Die Gerechtigkeit als principium iuris, in Festschrift für Wilhelm Sauer, Berlin, 1949, 103 ff
- derselbe Verwaltungsrecht I, Ein Studierbuch, 6. Auflage, München und Berlin 1965
- Zeidler, Karl Maßnahmegesetz und "klassisches" Gesetz. Eine Kritik. Karlsruhe 1961
- Zinkhahn, Willy Die Schranken der gemeindlichen Bebauungsplanung, BlGBW 1963, 6 ff
- Zinkhahn-Bielenberg Bundesbaugesetz. Kommentar von Willy Zinkhahn und Walter Bielenberg. München und Berlin 1965

Einleitung

Nach § 10 BBauG beschließt die Gemeinde den Bebauungsplan als Satzung.

Mit Inkrafttreten dieser Vorschrift hat der Streit um die Rechtsnatur der Bebauungspläne ¹⁾ an Bedeutung verloren, da für die Praxis klargestellt ist, daß gegen einen Bebauungsplan die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage nicht erhoben werden kann ²⁾.

Ungeklärt ist jedoch weiterhin die Frage, ob und in welchem Umfang gemeindliche Bebauungs-

-
- 1) Vgl. BverwGE 1, 39 (40 ff); BverwG DÖV 1954, 663; BverwGE 3, 258 (259, 262); BverwG NJW 1957, 1083; BverwGE 11, 14; BGHZ 22, 32 (40); Forsthoff, DVBl 1957, 113 ff; ders. Lehrbuch (8. Aufl.) S. 186, Anm. 2; Werner, DVBl 1957, 221 (225 ff); Schlez, BawüVBl 1963, 81 ff; Brohm, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, 52 ff.
 - 2) Zur Frage, ob - außer im Normenkontrollverfahren - die materielle Rechtmäßigkeit von Bebauungsplänen verwaltungsgerichtlich überprüft werden kann, vgl. Bachof, DÖV 1964, 19 ff; Brohm aaO, 73 ff; Renck, DÖV 1964, 1 (8); ders. DÖV 1964, 651 ff; Schrödter, BBauG, § 8 Randnr. 1, § 10, Randnr. 1, 2, 4, 8, 9, § 40, Randnr. 13 a; Schütz-Frohberg, BBauG, § 8 Anm. 1 b, § 9 Anm. 8.

pläne auf ihre materielle Rechtmäßigkeit gerichtlich überprüfbar sind. Während die überwiegende Meinung ³⁾ eine solche Überprüfung - wenigstens grundsätzlich - für zulässig hält, der Bundesgerichtshof ⁴⁾ und das Bundesverwaltungsgericht ⁵⁾ ihre Ansicht, der Bebauungsplan sei als Rechtsnorm zu qualifizieren, sogar mit dem Hinweis begründeten, daß der Rechtsschutz des Bürgers es nicht erfordere, den Bebauungsplan als Verwaltungsakt anzusehen, weil der Plan im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren inzident überprüft werden könne, ist

3) vgl. BverwGE und BGH wie Anm. 1; Heitzer-Oesterreicher, BBauG, § 10, S. 40; Schrödter, BBauG, § 10 Randnr. 7 u. 10; Gelzer, Das neue Bauplanungsrecht, 43, 82 ff; Imboden VVDStRL 18, 113 ff (132 ff); Hacker, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, JR 1967, 130 ff (133); Sellmann, DÖV 1967, 219 (220, 221); Gehrman, Die Prüfung der Bauleitpläne durch die Gerichte, Gemeinnütziges Wohnungswesen 1968, 249 (253, 255); vgl. hierzu aus neuerer Zeit auch Beenken, Zur Überprüfbarkeit der Bauleitpläne nach dem Bundesbaugesetz, S. 158, 164 ff, 181, der ganz selbstständig von der Möglichkeit der Inzidentprüfung ausgeht, unter besonderen Umständen sogar die Möglichkeit einer Anfechtungsklage gegen den Plan selbst bejaht; Begr. zu § 14 Entwurf BBauG, BT-Drucksachen III, Nr. 336, S. 65;

4) BGHZ 22, 32 (35 f, 39 f);

5) vgl. Anm. 1;

in Rechtsprechung und Literatur zunächst verein-
zelt ⁶⁾, später in verstärktem Maße die Auffas-
sung vertreten worden, die Gerichte seien an den
Bebauungsplan gebunden, und ihr Prüfungsrecht be-
schränke sich auf die formelle Seite.

Zur Begründung hierfür wird darauf hingewiesen,
daß die Bauleitplanung Selbstverwaltungsangelegen-
heit sei ⁷⁾, daß die Planungsaufgaben ihrer Natur
nach in einer rechtsfreien Sphäre lägen, und einer
rechtlichen Fixierung unzugänglich seien ^{7a)}, oder
daß der Grundsatz der Gewaltenteilung es den Gerich-
ten verbiete, den als Ortsgesetz erlassenen Plan
materiell zu überprüfen ^{7b)}. Daneben wird der Ge-
sichtspunkt betont, daß die Gewährung eines umfas-
senden Rechtsschutzes zur Lähmung der planerischen

6) LG Hamburg, MDR 61, 1015; LG Hamburg BLDW 1961,
504; D. Haas, DVBl 1961, 257 (259); Paulus,
BauWVBl 1960, 101; Katzenstein, DÖV 61, 581
(582).

7) Brügelmann-Gräuvogel, § 2 Anm. 1; Schrödter,
§ 2 Randnr. 1; Zinkhahn-Bielenberg, § 2 Rand-
nr. 2 ff.

7a) So etwa M. Kuntzmann-Auer, Rechtsstaat und kom-
munale Selbstverwaltung, S. 82 ff (insbes. S. 84
m. Anm. 303 f, 306).

7b) Vor allem BGH NJW 1967, 2305 = EPlar V BGH 6.67
m. unentschiedener Anm. v. Bielenberg, Vgl.
Anm. 13.

Tätigkeit führen müsse 7c).

Diese Argumente sind jedoch im Wesentlichen bereits von Blümel und Bartlsperger ⁸⁾ widerlegt worden: Insbesondere hat Blümel nachgewiesen, daß die zum Ausschluß einer materiell rechtlichen Überprüfung führenden, auf den Grundsatz der Gewaltenteilung gestützte Argumentation der neueren Rechtsprechung des BGH nicht haltbar ist. Blümel wirft aber weiterhin den Verfechtern der These der Bindung der Gerichte an den Bebauungsplan vor, sie bagatellisierten die Bedeutung des Rechtsschutzes gegen Bebauungspläne durch unsinnige Beispiele.

Natürlich sei es nicht Sache der Gerichte, nachzuprüfen, ob zur Erfüllung der in § 1 BBauG aufgestellten Planungsziele überhaupt die Notwendigkeit der Errichtung einer Schule oder eines Kindergartens bestehe, ob Grünanlagen geschaffen werden sollten, ob in einer Großstadt ein Schnellstraßennetz oder eine Untergrundbahn erforderlich seien.

7c) Baldauf, Grenzen für den Rechtsschutz im verbindlichen Bauleitplanungsrecht, BlGBW 1968, 1 ff.

8) Die inhaltliche Überprüfung des Bebauungsplanes im nachfolgenden Enteignungsverfahren, DÖV 1965, 297 (299 ff.); vgl. hierzu Anm. 13 sowie Blümel, DÖV 1958, 148 (150), Bartlsperger, Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates, DVBl 1967, 360 (insbes. 365).

Problematischer sei vielmehr, ob der betroffene Grundeigentümer mit dem naheliegenden Einwand gehört werden könne, daß eine bestimmte Straße oder eine Straßenverbreiterung nicht erforderlich sei, oder daß eine andere Linienführung des Verkehrsweges, oder der Ausbau einer anderen, für den Verkehr besser geeigneten Straße geboten sei ⁹⁾.

Blümel bemerkt offenbar nicht, daß er an diesem Punkte zu einer Annäherung an die von ihm bekämpfte Auffassung Haas' gelangt, der es für wünschenswert hält, daß "die Gerichte wie bisher Planer, Gemeinderäte und Aufsichtsbehörden planen lassen und sich auf eine Art Mißbrauchskontrolle beschränken" ¹⁰⁾.

Es wird nicht klar, weshalb es natürlich sein soll, daß sich betroffene Grundstückseigentümer gegen Planfestsetzungen nicht sollen zur Wehr setzen können, indem sie die Erforderlichkeit des Neubaus von Schulen, oder Kindergärten, Schnellstraßen oder Untergrundbahnen bestreiten. Die Vielzahl der Möglichkeiten planerischer Fehlentscheidungen läßt es vielmehr

9) Blümel, aaO, 301, Anm. 37

10) DVBl 1961, 259

bedenklich erscheinen, gerade die grundsätzlichen planarischen Entscheidungen der gerichtlichen Kontrolle zu entziehen und die Gerichte auf die Überprüfung von Einzelfestsetzungen minderer Bedeutung zu beschränken. Deshalb geben auch und gerade die von Blümel als unsinnig bezeichneten Beispiele Veranlassung, die Frage der gerichtlichen Überprüfung gemeindlicher Bebauungspläne auf ihre materielle Rechtmäßigkeit erneut zu überdenken.

Zu diesem Zwecke werden im Folgenden diejenigen Vorschriften untersucht, nach denen sich die materielle Rechtmäßigkeit gemeindlicher Bebauungspläne bestimmt, nämlich § 1 Abs. 1, 3-5 BBauG. Die Untersuchung wird ergeben, daß die Vorschriften unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, die eine gerichtliche Überprüfung ermöglichen.

Danach wird auf die Frage eingegangen werden, ob im Bauplanungsrecht die Zweckmäßigkeit der Bebauungsplanung gerichtlich überprüfbar ist. Diese Frage wird bejahend beantwortet werden müssen.

Im folgenden Teil der Arbeit wird zur Lehre vom Beurteilungsspielraum Stellung genommen werden. Dabei wird

sich herausstellen, daß gegen die Einräumung von Beurteilungsspielräumen im Bauplanungsrecht an sich keine Bedenken bestünden, daß sich aber der Gesetzgeber nicht dafür entschieden hat, der planenden Gemeinde Beurteilungsspielräume zuzubilligen.

Schließlich wird die Frage gestellt werden, ob etwa die Ergebnisse der Untersuchung zu unpraktikabel sind, um bei einer Überprüfung gemeindlicher Bebauungspläne angewendet zu werden. Diese Frage wird verneint werden müssen.

I. Der Umfang der gerichtlichen Kontrollbefugnis

1. Kongruenz des behördlichen und gerichtlichen Prüfungsmaßstabes

Als Ausgangspunkt für die Untersuchung der Frage, wie weit die Prüfungsbefugnis der Gerichte gegenüber gemeindlichen Bebauungsplänen reicht, bieten §§ 6 Abs. 2, 11 BBauG an.

§ 6 Abs. 1 BBauG statuiert die Genehmigungsfähigkeit des Flächennutzungsplanes, § 6 Abs. 2 BBauG bestimmt, daß die Genehmigung durch die

höhere Verwaltungsbehörde nur versagt werden darf, wenn der Flächennutzungsplan nicht ordnungsgemäß zustandegekommen ist oder wenn er dem Bundesbaugesetz, den aufgrund des Bundesbaugesetzes erlassenen oder sonstigen Rechtsvorschriften widerspricht. § 11 BBauG erklärt § 6 Abs. 2 BBauG für auf den Bebauungsplan entsprechend anwendbar.

Die nach § 2 Abs. 1 bestehende Planungshoheit der Gemeinde wird insbesondere durch § 1 Abs. 3-5 BBauG eingeschränkt. Soweit ein Bebauungsplan diese Vorschrift verletzt, kann die höhere Verwaltungsbehörde die Genehmigung gemäß §§ 11, 6 Abs. 2 BBauG versagen.

Bei einer hierauf erhobenen Verpflichtungsklage der Gemeinde müßte das Verwaltungsgericht die Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde voll nachprüfen, da die Genehmigung nur aus Rechtsgründen verweigert werden darf. Die Prüfungsbefugnis des Gerichts deckt sich also mit der der Behörde.

Einem Dritten, der meint, durch die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung benachteiligt zu sein, stünde zwar die Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage nicht offen, da ihm, auch wenn man an-

nähme, daß der Verwaltungsakt der höheren Verwaltungsbehörde auch im Verhältnis zu ihm Verwaltungsakt und nicht lediglich Teil eines Rechtssetzungsverfahrens wäre, die Klagebefugnis abgesprochen werden müßte.

Der Dritte hätte aber die Möglichkeit, eine Entscheidung der zuständigen Baubehörde herbeizuführen und gegen diese den Verwaltungsrechtsweg zu beschreiten ¹¹⁾ ¹²⁾. Das Verwaltungsgericht hätte dann inzident zu prüfen, ob ein Verstoß gegen § 1 Abs. 3 - 5 BBauG ge-

11) Auf die Frage, ob ein Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO durchgeführt werden könnte, (so Forsthoff, Lehrbuch, 8. Aufl., 513; Holdegel, DÖV 1954, 209 f; Herzog, BayVBl 61, 368 ff; Drews-Wacke, Allg. Polizeirecht, 273; BayVGH, DVBl 1963, 107 ff; BaWüVGH, DÖV 1963, 228 ff; BaWüVGH DÖV 1963, 760 ff; a.A. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 47 Anm. 2; Renck, DÖV 64, 1 ff) soll hier nicht eingegangen werden.

12) Über die Versuche, auch außerhalb des Normenkontrollverfahrens zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolle von Bebauungsplänen zu gelangen, vgl. Anm. 2.

geben wäre ¹³⁾, da der aufgrund eines gegen diese Vorschrift verstoßenden Bebauungsplanes ergangene Verwaltungsakt seinerseits rechtswidrig wäre ¹⁴⁾.

13) A.A. LG Hamburg (Anm. 6), die in Anm. 7 genannten Autoren, sowie neuerdings BGH NJW 1967, S. 2305. Der BGH macht aaO geltend, die gerichtliche Überprüfung einzelner Planfestsetzungen würde zu einer "Verschiebung der Gewalten" führen. Deshalb sei der Richter nur bei Ermessensmißbrauch zum Eingreifen berechtigt. Wie diese Auffassung allerdings mit der früheren Rechtsprechung des BGH zu vereinbaren ist (vgl. oben S. 2 und Anm. 4), bleibt unerfindlich. Zudem kann der Versuch, die gemeindliche Bebauungsplanung unter Hinweis auf den Grundsatz der Gewaltenteilung der richterlichen Kontrolle zu entziehen, ohnehin nicht zu dem gewünschten Erfolg führen. Der Grundsatz der Gewaltenteilung gebietet dem Richter keineswegs, rechtswidrige Bebauungspläne zu respektieren (Blümel, DÖV 1965, 298 (303)). Rechtmäßig aber ist ein Bebauungsplan - wie §§ 6 Abs. 2, 11 Satz 3 BBauG ausdrücklich, wenn auch überflüssigerweise, bestimmen - nur, wenn er nicht gegen höherrangige Rechtsnormen verstößt. Aus diesem Grund hat denn auch der BGH aaO sich damit zu helfen versucht, die Abwägungsvorgänge (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG) als Ermessensakt zu qualifizieren, ist jedoch für die Behauptung, der Gemeinde sei insoweit Ermessen eingeräumt, die Begründung schuldig geblieben. Eine eingehende Begründung für diese Behauptung findet sich - soweit ersichtlich - nur bei Beenken, aaO, S. 255 ff, 271 f, 273.

14) Eine "Heilung" der Rechtswidrigkeit tritt durch die Genehmigung nicht ein. Schrödter, BBauG, § 6 Anm. 6.

Der Prüfungsmaßstab des Gerichtes deckt sich also auch hier mit dem der höheren Verwaltungsbehörde ¹⁵⁾.

2. Der Meinungsstand zum Umfang des Prüfungsrechts im Genehmigungsverfahren nach §§ 11, 6 BBauG

Aus § 6 Abs. 2 BBauG, der bestimmt, daß die höhere Verwaltungsbehörde die Genehmigung nur versagen darf, wenn ein Rechtsverstoß vorliegt, wird gefolgert, daß die höheren Verwaltungsbehörden - und damit auch die Gerichte - nicht befugt seien, Ermessensentscheidungen der planenden Ge-

15) Ebenso im Verfahren nach §§ 157 ff BBauG.

meinde zu überprüfen 16) 16a), und daß die Zweckmäßigkeit der gemeindlichen Bebauungsplanung sich der Kontrolle entziehe 17).

-
- 16) Bigalke, Die Genehmigung der Bauleitpläne, DÖV 1957, 444 (447); Ernst, Der Plan im Verwaltungsrecht, DVBl 1960, S. 344 (349); Froberg, Eigentumsge-
währleistung durch Planungsgebunden-
heit, JR 1963, 174; Stich, Einverneh-
men und Zustimmung, DVBl 1963, 193 (195);
Zinkhahn, Die Schranken der gemeindlichen
Bebauungsplanung, BlGBW 1963, 6 (7);
Schrödter, BBauG, § 6 Anm. 2 Randnr. 4;
BayVGH DVBl 1954, 510.
- 16a) Über die Frage, ob durch Bundesgesetz
eine Ermessenskontrolle durch die höhe-
re Verwaltungsbehörde eingeführt werden
könnte, vgl. Stern, Bonner Kommentar Art.
28, Randnr. 134, 137, sowie Werner Weber,
Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem,
Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd.
19, 17 ff (28), die dies nicht für mög-
lich halten, und die abweichenden Ansich-
ten von Gönnerwein, Die Kommunalaufsicht
als Rechtsaufsicht, Gedächtnisschrift für
Walter Jellinek, 511 ff (525) und von Mül-
ler, Zur Problematik der Genehmigungsvor-
behalte, VerwArch Bd. 54, 170 ff (184).
- 17) Nau, Staatliche Raumordnung und gemeind-
liche Selbstverwaltung, DÖV 1962, 533
(534); Neuffer, Zur Bauleitplanung nach
dem BBauG, BaWüVBL 1961, 49 (54); ders.
zum Bundesbaugesetz BaWüVBL 1960, 113 (115);
Schütz-Froberg, BBauG, § 6 Anm. 1, § 11
Anm. 1; v. Hausen- v.d. Heide, BBauG, § 6
Anm. 1; Heitzer-Oestreicher, BBauG, § 6
Anm. 1.

Dagegen bezweifelt Halstenberg ¹⁸⁾, daß aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 2 BBauG auf eine reine Rechtskontrolle geschlossen werden kann. Zur Begründung führt er aus, § 6 Abs. 2 BBauG verweise auch auf § 1 BBauG, dessen Gebote, etwa das der Berücksichtigung der sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Bevölkerung, so weite Spielräume ließen, so sehr von unmöglich zu fixierenden Prognosen abhängig und so wenig einem juristischen Subsumtionsvorgang zugänglich seien, daß entweder eine konkretisierbare Rechtsbindung überhaupt zu leugnen sei, oder doch die durch den Wortlaut des § 6 Abs. 2 BBauG ausgeschlossene Ermessenskontrolle angenommen werden müsse.

Diese Argumentation zeigt, daß sich die Frage nach dem Umfang der Prüfungsbefugnis im Genehmigungsverfahren nach §§ 11, 6 BBauG nicht allein aus diesen Vorschriften beantworten läßt, sondern daß diejenigen Bestimmungen herangezogen werden müssen, die materielle Schranken der

18) Bauleitplanung und Raumordnung, in Verwaltung und Wirtschaft Heft 25, 51 (56).

Planungshoheit beinhalten, also insbesondere
§ 1 Abs. 3 - 5 BBauG.

Der Umfang der Prüfungsbefugnis ändert sich,
je nachdem, wie die einzelnen Gebote der Ab-
sätze 3 bis 5 des § 1 BBauG rechtlich zu be-
urteilen sind. Handelt es sich um Ermessens-
begriffe, so kann die höhere Verwaltungsbe-
hörde lediglich nachprüfen, ob die Grenzen
des Ermessens eingehalten worden sind.

Sind die einzelnen Gebote dagegen als unbe-
stimmte Rechtsbegriffe anzusehen, so erweitert
sich die Prüfungsbefugnis, und es gilt noch
festzustellen, ob der planenden Gemeinde bei
der Anwendung der einzelnen unbestimmten Rechts-
begriffe ein Beurteilungsspielraum zugebilligt
werden kann. Keinesfalls aber kann man - wie
Halstenberg es offenbar für möglich hält - an-
gesichts der eindeutigen Formulierung des § 6
Abs. 2 BBauG auf eine Fachaufsicht der höheren
Verwaltungsbehörde schließen.

3. Die Bedeutung des § 1 BBauG
 im Genehmigungsverfahren

a) Die Erfordernisse des § 1 BBauG
 als unbestimmte Rechtsbegriffe

Nach herrschender Meinung sind die einzelnen in § 1 Abs. 3 - 5 BBauG aufgestellten Erfordernisse unbestimmte Rechtsbegriffe.

Jedoch haben sich außer Halstenberg ¹⁹⁾ auch Brügelmann-Grauvogel ²⁰⁾ gegen diese Ansicht gewandt, weil das Begriffspaar Ermessen-unbestimmter Rechtsbegriff bei der gerichtlichen Nachprüfung von Verwaltungsakten entwickelt worden und des-

19) vgl. Anm. 18

20) BBauG, § 6 Anm. I 2, § 1 Anm. V 2.

halb auf die Bauleitplanung als Normsetzung nicht übertragbar sei. Zudem seien die weitgefaßten Begriffe des § 1 Abs. 3 - 5 BBauG einer juristischen Subsumtion unzugänglich.

Ähnlich meint Schrödter ²¹⁾, auf dem Gebiet der Bauleitplanung sei die Frage nach der richtigen Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe falsch gestellt. Es handele sich vielmehr bei der Kontrolle der gemeindlichen Bebauungsplanung um die Feststellung, ob sich die Gemeinde innerhalb der ihr erteilten Ermächtigung gehalten habe oder nicht.

Meyer-Stich-Tittel vertreten die Ansicht, in § 1 Abs. 3 - 5 BBauG seien lediglich die Zwecke festgelegt worden, die die Gemeinde im Rahmen der Ermessensausübung zu beachten habe ²²⁾. Etwas einschränkend betonen Schütz-Frohberg, wenigstens hinsichtlich der Beachtung der in § 1 Abs. 3 - 5 BBauG enthaltenen Sollvorschriften

21) BBauG, § 1o Randnr. 18

22) Bundesbaurecht, Anm. 9 zu § 1 BBauG

seien der Natur der Sache nach nur Ermessensentscheidungen möglich, so daß nur Ermessensmißbrauch eine Rechtsverletzung darstelle, die Anlaß zu Beanstandungen geben könne ²³⁾.

Schließlich nimmt Gelzer ²⁴⁾ das Vorliegen unbestimmter Rechtsbegriffe an, will aber die Entscheidung darüber, in welchem Maße den einzelnen Erfordernissen des § 1 Abs. 3 - 5 BBauG Rechnung zu tragen sei, dem gemeindlichen Ermessen überlassen, weil häufig die einzelnen Erfordernisse derart miteinander verwoben seien, daß das Hervorheben des einen zwangsläufig die geringere Beachtung des anderen nach sich ziehe.

In diesen Fällen gebe es nicht nur eine richtige Entscheidung, vielmehr könnten mehrere Meinungen jeweils mit guter Begründung vertreten werden. Im Ergebnis stellt also auch Gelzer auf die Schwierigkeiten der Subsumtion ab. Seine

23) BBauG, § 6 Anm. 2

24) Das neue Bauplanungsrecht, § 75 a aa

Meinung führt zu keinem anderen Ergebnis als die Auffassung derjenigen Autoren, die die einzelnen Begriffe des § 1 Abs. 3 - 5 BBauG für Ermessensbegriffe halten, denn es macht keinen Unterschied, ob man der Gemeinde freigestellt zu beurteilen, welches die sozialen, kulturellen oder sonstigen Bedürfnisse der Bevölkerung sind, oder ob man diese Beurteilung der behördlichen und gerichtlichen Kontrolle unterstellt, es aber der Gemeinde überläßt zu entscheiden, in welchem Maße sie den einzelnen objektiv feststellbaren Bedürfnissen Rechnung tragen will.

Um entscheiden zu können, ob der wohl überwiegenden Meinung oder den oben zitierten Autoren zu folgen ist, sollen die einzelnen Erfordernisse des § 1 BBauG im Folgenden auf ihre Rechtsnatur untersucht werden.

Es wird weiterhin zu klären sein, in welchem Verhältnis die einzelnen Erfordernisse zueinander stehen, und unter welchen Voraussetzungen ein Erfordernis zugunsten eines anderen

hervorgehoben werden muß oder hervorgehoben werden darf.

In § 1 BBauG kann zwischen Leitsätzen, deren Beachtung bei jeder gemeindlichen Planung geboten ist, und Grundsätzen, deren Beachtung von den Umständen des Einzelfalles abhängig sein kann, unterschieden werden.

Während Schütz-Frohberg²⁵⁾ als die Leitsätze die in § 1 Abs. 4 BBauG genannten Erfordernisse, als Grundsätze dagegen die in § 1 Abs. 5 BBauG niedergelegten ansehen, erscheint es sinnvoller, die Vorschriften des § 1 Abs. 1 und des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG als die für jede Planung bestimmenden Leitsätze, die in § 1 Abs. 3 - 5 BBauG enthaltenen übrigen Erfordernisse als Grundsätze der Bauleitplanung zu qualifizieren²⁶⁾, denn die letzteren lassen nicht erkennen, daß der Gesetzgeber ihnen

25) BBauG, § 1 Anm. 5

26) Ähnlich Hoppe, Bauleitplanung und Eigentumsgarantie, DVBl 1964, 165 (169)

eine übergeordnete Bedeutung hat verleihen wollen, während § 1 Abs. 1 und § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG die beherrschenden Gesichtspunkte der Bauleitplanung enthalten.

So wäre jede Bauleitplanung, die andere als die in § 1 Abs. 1 BBauG genannten Zwecke verfolgt, rechtswidrig, weil sie durch die Planungsermächtigung nicht gedeckt wäre ²⁷⁾.

Ebenso müßte eine Bauleitplanung beurteilt werden, die das für die Abwägung aller durch die Planung berührten Belange geltende Gebot ²⁸⁾ des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG mißachtete.

Dagegen ist es im Einzelfall durchaus denkbar, daß einer der Grundsätze der Absätze 3 - 5 des § 1 BBauG unberücksichtigt bleiben könnte, wie etwa das Wohnbedürfnis der Bevölkerung, wenn dieses nach dem Stande vor Beginn der Planung

27) Vgl. etwa OVG Lüneburg, DÖV 1966, 246; Rechtswidrigkeit eines Bebauungsplanes, der nur vorhandene Bausplitter legalisieren soll.

28) Vgl. statt aller Hoppe, aaO, 169;

ohnehin vollauf befriedigt ist, oder die Verteidigungsbedürfnisse, wenn nach der Lage der Gemeinde und den sonstigen Umständen militärische Belange durch die Planung in keinem Fall berührt werden können.

Läßt man die beiden Leitsätze des § 1 BBauG vorerst unberücksichtigt, so ergeben sich aus der Vorschrift die folgenden Grundsätze, die bei der Erstellung von Bauleitplänen von Bedeutung sein können:

Anpassung an

a) die Ziele der Raumordnung und Landesplanung (Abs. 3)

Berücksichtigung, Beachtung usw. der

b) sozialen Bedürfnisse der Bevölkerung (Abs. 4)

c) kulturellen Bedürfnisse der Bevölkerung
(Abs. 4)

d) Sicherheit der Bevölkerung (Abs. 4)

- e) Gesundheit der Bevölkerung (Abs. 4)
- f) Wohnbedürfnisse der Bevölkerung (Abs. 4)
- g) Förderung der Eigentumsbildung im Wohnungswesen (Abs. 4)
- h) Erfordernisse für Gottesdienst und Seelsorge (Abs. 5)
- i) Bedürfnisse der Wirtschaft (Abs. 5)
- j) Bedürfnisse der Landwirtschaft (Abs. 5)
- k) Bedürfnisse der Jugendförderung (Abs. 5)
- l) Bedürfnisse des Verkehrs (Abs. 5)
- m) Bedürfnisse der Verteidigung (Abs. 5)
- n) Belange des Natur- und Landschaftsschutzes (Abs. 5)
- o) Belange der Gestaltung des Orts- und Landschaftsbildes (Abs. 5)

Vermeidung von

p) Inanspruchnahme landwirtschaftlich genutzter Flächen für andere Nutzungsarten (Abs. 5)

Ein Blick auf diesen Katalog zeigt, daß es sich bei den Grundsätzen b) bis p) sämtlich um Erfordernisse der örtlichen Gemeinschaft handelt, während sich die Beachtung des Grundsatzes a) aus der außerhalb der örtlichen Gemeinschaft liegenden Willensbildung bei der Raum- und Landesplanung ergibt. Man könnte daran denken, aus dieser Tatsache schon eine übergeordnete Bedeutung des Grundsatzes a) zu folgern. Die Anpassung der Bauleitplanung an die Ziele der Raumordnung und Landesplanung wäre dann aus dem Katalog der Grundsätze zu eliminieren und unter die Leitsätze einzuordnen.

Das wäre indessen nur richtig, wenn bei jeder Bauleitplanung zwangsläufig eine Anpassung an die Ziele der Raum- und Landesplanung erfolgen müßte. Das ist jedoch nicht der Fall.

Abgesehen davon, daß eine Vielzahl gemeindli-

cher Bebauungspläne nur kleine Flächen des Gemeindegebietes ergreift (etwa bei Änderung schon bestehender Bebauungspläne) und schon deshalb eine Kollision mit den Zielen der Raum- und Landesplanung häufig nicht denkbar ist, kann begrifflich eine Rechtspflicht zur Anpassung der Bauleitplanung an die Ziele überörtlicher Planung erst dann bestehen, wenn sich diese Ziele konkretisiert haben ²⁹⁾, wenn also die entsprechenden überörtlichen Pläne entweder bereits feststehen, oder wenigstens die Vorarbeiten zur Erstellung solcher Pläne die Ziele der überörtlichen Planung erkennen lassen ³⁰⁾.

Ist jedoch die Konkretisierung noch nicht so weit fortgeschritten, so kann die planende Gemeinde den Grundsatz der Anpassung an die Ziele überörtlicher Planung außer Betracht las-

29) Neuffer, das neue Baurecht, Anm. zu § 1 Abs. 3 BBauG; Meyer-Stich-Tittel, Bundesbaurecht, § 1 BBauG III; Knaup-Ingenstau, BBauG, § 1 S. 22; BverwGE 6, 342 (344).

30) Meyer-Stich-Tittel aaO, m.w.N.

sen 31) 32).

Wenn aufgrund dieser Erwägungen das Erfordernis der Anpassung der Planung an die Ziele der Raum- und Landesplanung zu den Grundsätzen des § 1 BBauG gerechnet wird, so muß es auch für die übrigen Grundsätze wenigstens theoretisch denkbar sein, daß sie im Einzelfall bei einer Planung außer Betracht bleiben können.

Eine solche Möglichkeit ist in der Tat bei allen Grundsätzen gegeben, denn es sind stets Fälle denkbar, in denen die einzelnen Grundsätze keine Wirksamkeit entfalten können, weil etwa das Bedürfnis, an welches das Gesetz anknüpft, im Planungsgebiet bereits befriedigt ist, oder seiner Natur nach überhaupt nicht auftreten kann.

31) Über die Pflicht zur Änderung bereits bestehender Bauleitpläne bei späterer Konkretisierung überörtlicher Planungsziele vgl. Meyer-Stich-Tittel, § 1 BBauG III.

32) Ähnliche Erwägungen können für den systematisch zu § 1 BBauG gehörigen § 2 Abs. 4 BBauG gelten.

Über die Grundsätze des § 1 BBauG kann also bisher Folgendes gesagt werden:

1. Die Grundsätze geben an, welche Bedürfnisse bei Erstellung der Bauleitpläne berücksichtigt werden sollen (Grundsätze b - f, h - m), welche vom Gesetzgeber als besonders wichtig angesehenen Güter Förderung (Grundsatz g) oder Schonung (Grundsatz p), oder sowohl Förderung als auch Schonung erfahren sollen (Grundsätze n und o).
2. Der Grundsatz der Anpassung an die Ziele der überörtlichen Planung nimmt nur insofern eine Sonderstellung ein, als er nicht nur an Gegebenheiten innerhalb des Planungsgebietes anknüpft.
3. Allen Grundsätzen ist gemeinsam, daß sie nicht bei jeder Bauleitplanung ihre Wirkung zu entfalten vermögen. Für jeden Grundsatz sind vielmehr Fälle denkbar, in denen sich seine Berücksichtigung aus der Natur der Sache heraus verbietet.

Daraus folgt unmittelbar für den Umfang der Prüfungsbefugnis im Genehmigungsverfahren:

Die Verwaltungsbehörde kann Verstöße gegen § 1 BBauG insoweit prüfen und rügen, als die Gemeinde Grundsätze bei der Planung berücksichtigt hat, deren Berücksichtigung sich aus der Natur der Sache verbietet, denn hier handelt es sich um eine rein tatsächliche Frage, bei der ein Raum für gemeindliches Ermessen nicht bestehen kann.

Erst bei der Untersuchung des Falles, daß die Gemeinde einen Grundsatz unberücksichtigt gelassen hat, dessen Berücksichtigung nach den tatsächlichen Verhältnissen in Betracht kam, kommen wir zu der Frage zurück, ob die Grundsätze des § 1 BBauG Ermessensbegriffe oder unbestimmte Rechtsbegriffe beinhalten. Sollten nämlich Ermessensbegriffe anzunehmen sein, so könnte die höhere Verwaltungsbehörde dadurch gehindert sein, die Nichtberücksichtigung eines Grundsatzes zu rügen.

Gegen die Auffassung, nach der die Grundsätze unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, ist zunächst eingewandt worden, der Terminus "unbestimmter Rechtsbegriff" könne auf die Bauleitplanung nicht übertragen werden, da es sich um ein Rechtssetzungsverfahren handele ³³⁾.

Dieses Argument ist jedoch nicht stichhaltig. Ein Blick auf die Gemeindeordnungen der deutschen Länder zeigt, daß diese ohne Ausnahme Bestimmungen enthalten, in denen die Befugnis zum Erlaß von Satzungen von Voraussetzungen abhängig gemacht wird, die durch unbestimmte Rechtsbegriffe umschrieben werden. So ist etwa die Einführung eines Benutzungszwanges für Wasserleitungen, Müllabfuhr, Straßenreinigung und ähnliche der Volksgesundheit dienende Einrichtungen ³⁴⁾ bei (dringendem) öffentlichen Bedürfnis ³⁴⁾ zulässig.

33) Brügelmann-Grauvogel, wie Anm. 20, vgl. oben S. 15 f.

34) § 11 GemO Ba-Wü, Art. 24, Bayer.GemO, § 19 Hess. GemO, § 8 Nieders. GemO, § 19 GemO Nordr.-Westf., § 27 GemO Rh.-Pfalz, § 19 Saarl. KommunalverwaltungsG, § 17 GemO Schl.-Holstein.

Ebenso arbeitet der Gesetzgeber bei Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen mit unbestimmten Rechtsbegriffen.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der eine Ermächtigung zum Erlaß einer Rechtsverordnung nichtig ist, wenn sich nicht vorhersagen läßt, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird ³⁵⁾, stellt insoweit die Forderung an den Gesetzgeber dar, er möge sich hinreichend bestimmbarer unbestimmter Rechtsbegriffe bedienen.

Schließlich enthalten auch die Gesetzgebungsaufträge des Grundgesetzes unbestimmte Rechtsbegriffe, wie etwa die Richtbegriffe ³⁶⁾ des Art. 29 Abs. 1 GG ³⁷⁾ oder die "hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums" des Art. 33

35) BVerfGE 1, 14 (60); 2, 307 (334); 4, 7 (21); 5, 71 (76); 7, 282 (302).

36) Begriffsprägung des Luther-Gutachtens.

37) Ganz herrschende Meinung, vgl. Maunz in Maunz-Dürig, Art. 29 Randnr. 36; Hamann, Komm., 244; v. Mangoldt-Klein, 726; Marcus, AöR 76, 290 (291); unklar Nawiascky, Grundgedanken, 73.

Abs. 5 GG.

Diese Beispiele zeigen, daß unbestimmte Rechtsbegriffe in ihrer Anwendbarkeit durchaus nicht auf Ermächtigungen zum Erlaß von Verwaltungsakten beschränkt sind, sondern sehr wohl auch dort Verwendung finden können, wo es gilt, eine abgegrenzte Rechtsetzungsbefugnis zu erteilen oder eine bestehende Rechtsetzungsbefugnis einzuschränken 38) 39).

Der zweite Einwand gegen die Qualifizierung der Grundsätze des § 1 BBauG als unbestimmte Rechtsbegriffe liegt in der Behauptung, die Grundsätze seien so unbestimmt, daß sie einer juristischen Subsumtion nicht zugänglich seien 40).

Auch dieser Einwand geht fehl. Insbesondere kann aus der behaupteten Unbestimmtheit nicht auf Er-

38) Um eine dieser beiden Alternativen muß es sich in §§ 10, 6, 11, 1 BBauG handeln.

39) Über unbest. Rechtsbegriffe auf anderen Rechtsgebieten vgl. Jesch AöR 82, 163 (165 f)

40) Vgl. oben Anm. 18 und 20

messensbegriffe geschlossen werden. Wären die Grundsätze des § 1 BBauG tatsächlich so unbestimmt, daß sie sich einer Subsumtion entzögen, so könnte von Begriffen überhaupt nicht gesprochen werden, denn das Wesen eines jeden Begriffes liegt darin, daß seine Grenzen feststellbar sind, daß also durch Subsumtion ermittelt werden kann, welche Tatsachen noch von dem Begriff umfaßt werden. Das gilt auch für Ermessensbegriffe, da Ermessen nur dort bestehen kann, wo eine Grenze der Handlungsfreiheit besteht ⁴¹⁾.

Darüberhinaus erweist der Versuch, denkbare planerische Maßnahmen einer Gemeinde unter die in den einzelnen Grundsätzen enthaltenen Begriffe zu subsumieren, die Unrichtigkeit der Behauptung, diese Begriffe entzögen sich der Subsumtion.

41) etwas einschränkend Forsthoff, Lehrbuch, 8. Aufl., 75 : " Ermessen gibt es nur im Zusammenhang mit einer mindestens als möglich zu denkenden Gebundenheit." Weitergehend Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 65: "Bei jeder Verwendung des Ermessensbegriffes wird der Blick - notwendig, nicht zufällig - den Ermessensgrenzen zugewendet."

Eine geplante Straße zum Beispiel kann stets unter "Bedürfnisse des Verkehrs", nur unter besonderen Umständen unter "Bedürfnisse der Verteidigung", nie unter "Bedürfnisse der Seelsorge", eine geplante Schule stets unter "Bedürfnisse der Jugendförderung", "kulturelle Bedürfnisse der Bevölkerung", nie aber unter "Bedürfnisse des Verkehrs" subsumiert werden. Sicherlich wird die Subsumtion in Einzelfällen oft schwierig sein. Diese Schwierigkeit ist aber gerade typisch für die unbestimmten Rechtsbegriffe, bei denen Zweifels- und Grenzfälle in der Regel häufiger sind als bei den bestimmten Rechtsbegriffen.

Erweist sich somit, daß aus der Unbestimmtheit der verwendeten Begriffe allein kein Schluß auf deren Qualifikation als Ermessensbegriffe gezogen werden kann, so könnte die letztlich auf Art. 19 Abs. 4 GG zurückzuführende Vermutung, die im Zweifel zugunsten des unbestimmten Rechtsbegriffs und gegen das Ermessen spricht ⁴²⁾,

42) Forsthoff, Lehrbuch, 8. Aufl., 80, unter Berufung auf E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2, 655.

doch durch einen Schluß vom Wortlaut des § 1 BBauG auf den gesetzgeberischen Willen widerlegt werden.

Die Möglichkeit eines solchen Schlusses könnte sich bei § 1 BBauG - da der Gesetzgeber weder ausdrücklich Ermessen einräumt, noch Formulierungen wie "kann", "darf" usw. gebraucht hat, daraus ergeben, daß sich unter den Grundsätzen des § 1 BBauG - wenigstens dem Wortlaut nach - einige Sollvorschriften befinden.

b) Die vermeintlichen Muß- und Sollvorschriften in § 1 Abs. 3 - 5 BBauG

Nach § 1 Abs. 3 - 5 BBauG h a b e n sich die Bauleitpläne nach den sozialen Bedürfnissen zu richten, sie s o l l e n den Wohnbedürfnissen der Bevölkerung dienen und die Eigentumsbildung im Wohnungsbau fördern, sie h a b e n die Erfordernisse für Gottesdienst und Seelsorge zu berücksichtigen, die

Bedürfnisse der Wirtschaft zu beachten. Landwirtschaftlich genutzte Flächen s o l l e n nur in dem notwendigen Umfang für andere Nutzungsarten in Anspruch genommen werden.

Aus dieser Formulierung ist der naheliegende Schluß gezogen worden, daß es sich bei den Grundsätzen des § 1 BBauG teils um Muß- teils um Sollvorschriften handelt ⁴³⁾. Schütz-Frohberg folgern daraus, daß die Kontrollbefugnis der höheren Verwaltungsbehörde wenigstens hinsichtlich der Sollvorschriften auf die Feststellung von Ermessensfehlern beschränkt sei ⁴⁴⁾. und kommen damit zu einem Ergebnis, das Schrödter ⁴⁵⁾ durch Heranziehung der vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Grundsätze über die Bindungswirkung begünstigender Sollvorschrif-

43) Hoppe, Bauleitplanung und Eigentumsgarantie, DVBl 64, 165 (169); wohl auch Frohberg, Eigentumsgewährleistung durch Planungsgebundenheit, JR 63, 174; Brügelmann-Grauvogel, § 1 Anm.V2; Schütz-Frohberg, BBauG, § 6 Anm. 2; Meyer-Stich-Tittel, Bundesbaurecht, § 1 Randnr. 10; Heitzer-Oestreicher, BBauG, § 1, 4a.

44) aaO

45) BBauG § 10 Randnr. 16; ebenso Meyer-Stich-Tittel, aaO

ten 46) 47) abzuschwächen sucht.

Demgegenüber meint Gelzer ⁴⁸⁾, das Gesetz zeige bei der Aufzählung der einzelnen Grundsätze keine überzeugende Systematik oder Logik, weshalb auch dem Wortlaut nicht so starkes Gewicht beigemessen werden könne, daß eine Gliederung in Muß- und Sollvorschriften herauszulesen sei. Vielmehr handele es sich durchweg um zwingende Vorschriften.

Diese Auffassung wird durch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift bestätigt. Der Regierungsentwurf faßte die Absätze 3 - 5 des heutigen § 1 BBauG in seinem § 1 Abs. 3 zusammen, der die folgende Fassung hatte:

" Bei der Bauleitplanung sind die Ergebnisse der Raumordnung zu berücksichtigen. Die Bauleitpläne haben sich unter gerechter Abwägung der öffentlichen und privaten Belange nach den

46) DVBl 1960, 252 (253); DVBl 1961, 166 (167)

47) Vgl. auch OVG Münster, DÖV 1961, 627 (628 f)

48) Das neue Bauplanungsrecht, 14 f.

sozialen, kirchlichen und kulturellen Erfordernissen der Bevölkerung, insbesondere ihrer Sicherheit, Gesundheit, zu richten, die Bedürfnisse der Wirtschaft, der Landwirtschaft, des Verkehrs und der Verteidigung zu beachten, sowie der Gestaltung des Orts- und Landschaftsbildes zu dienen " 49).

Die Gliederung in die vermeintlichen Muß- und Sollvorschriften brachte der Bericht des Ausschusses für Wohnungswesen, Bau- und Bodenrecht ⁵⁰⁾, durch den § 1 den der Fassung des heutigen Gesetztextes im Wesentlichen entsprechenden Wortlaut erhielt.

In der Begründung hierzu heißt es lediglich:

" Die Mehrheit des Ausschusses entschied sich dafür, die in Absatz 3 der Regierungsvorlage im einzelnen aufgeführten allgemeinen Grundsätze neu zu gliedern und zu ergänzen " ⁵¹⁾.

49) BT-Drucksache III Nr. 336

50) BT-Drucksache III Nr. 1794

51) Begründung zu BT-Drucks. III, 1794, S. 3

Schon aus dieser Formulierung kann geschlossen werden, daß der Ausschuß - abgesehen von der Ergänzung - keine inhaltliche, sondern nur eine stilistische Änderung der Vorschrift herbeiführen wollte. Das ergibt sich weiterhin aus demjenigen Teil der Begründung, der die Streichung des in § 1 Abs. 3 des Regierungsentwurfs enthaltenen Erfordernisses, daß Bauleitpläne wirtschaftlich und zweckmäßig sein müssen, motiviert. Dort ⁵²⁾ wird ausgeführt:

" Das Erfordernis, daß die Pläne wirtschaftlich und zweckmäßig sein müssen, ist vom Ausschuß gestrichen worden. Der Ausschuß glaubte, daß die in den Absätzen 3 - 5 aufgeführten, bei der Planung von der Gemeinde als Rechtspflicht zu beachtenden Gesichtspunkte zusammen mit den übrigen Vorschriften dieses und anderer Gesetze ausreichen, um eine sachgerechte Planung zu sichern. "

Der Ausschuß ging demnach davon aus, daß die Absätze 3 - 5 des § 1 zwingende Vorschriften

52) Begr. zu BT-Drucksache III, Nr. 1794, S. 3

enthielten.

Da die Fassung der Bestimmung, soweit sie in diesem Zusammenhang interessiert, unverändert geblieben ist, und sich aus der weiteren Entstehungsgeschichte keine Anhaltspunkte für die gegenteilige Auffassung ergeben, darf angenommen werden, daß sich der Gesetzgeber die Vorstellung des Ausschusses zu eigen gemacht hat.

Im Ergebnis ist daher Gelzer ⁵³⁾ beizupflichten: Die Grundsätze des § 1 BBauG sind durchweg für die Gemeinde bindend. Sie können nicht in Muß- und Sollvorschriften unterteilt werden.

Mit dieser Erkenntnis wird ein Eingehen auf die oben angedeuteten Ansichten von Schütz-Frohberg ⁵⁴⁾ und Schrödter ⁵⁵⁾ überflüssig.

Gleichzeitig ergibt sich, daß aus der Fassung des § 1 BBauG nicht darauf geschlossen werden kann, daß die in Absatz 3 - 5 enthaltenen Grund-

53) Das neue Bauplanungsrecht, 14 f

54) BBauG, § 6 Anm. 2

55) BBauG, § 10 Randnr. 16; vgl. zu Anm. 54 und 55 oben S. 34

sätze Ermessensbegriffe darstellen.

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist demnach mit der sich aus Art. 19 Abs. 4 GG ^{55a)} ergebenden Vermutung davon auszugehen, daß es sich bei den Grundsätzen des § 1 BBauG um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, die der behördlichen und gerichtlichen Kontrolle unterliegen ^{55b)}.

4. Die Konkurrenz der öffentlichen
Belange des § 1 Abs. 3 - 5 BBauG

Die verbindlichen Richtlinien, die durch

55a) Vgl. oben S. 32 mit Anm. 42

55b) Ebenso etwa Franzen, BBauG, § 6; Neuffer, Bauleitplanung nach dem Bundesbaugesetz, BaWüVBl 61, 49 (50); Blümel, Die inhaltliche Überprüfung des Bebauungsplanes im nachfolgenden Enteignungsverfahren; Hoppe, Bauleitplanung und Eigentumsgarantie, DVBl 1964, 165 (172); Bartlspenger, Die Bauleitplanung als ... Reservat des Verwaltungsstaates DVBl 1967, 360 (364 f); BaWüVGH in ständ. Rechtspr., vgl. BSVGH 13, 71 (73 f); zuletzt DVBl 1967, 385 (386); jetzt auch OVG Lüneburg, DVBl 67, 391 (393); Unentschieden BGH DVBl 1967, 376 (377).

die Grundsätze des § 1 Abs. 3 - 5 BBauG der gemeindlichen Bebauungsplanung gesetzt werden, betreffen lediglich die öffentlichen Belange in Sachen des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG. Insbesondere kann aus denjenigen Grundsätzen, die die Berücksichtigung der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung und die Förderung der Eigentumsbildung im Wohnungswesen fordern, nichts Gegenteiliges geschlossen werden, denn obwohl im Einzelfall ein Privatinteresse die gleiche Richtung haben kann, bleibt doch die Befriedigung der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung als solche ein öffentliches Interesse. Daß die Eigentumsbildung im Wohnungsbau ebenfalls als öffentliches Interesse angesehen wird, ergibt sich schon aus der öffentlichen Förderung nach §§ 19 ff des Ersten Wohnungsbaugesetzes. Gleiche Erwägungen gelten für diejenigen Grundsätze, die die Berücksichtigung der Bedürfnisse der Wirtschaft, der Landwirtschaft, des Verkehrs usw. fordern.

Wie oben festgestellt, sind sämtliche Grundsätze für die planende Gemeinde verbindlich,

soweit nicht das Bedürfnis, an welches der Grundsatz anknüpft, im Planungsgebiet bereits befriedigt ist oder überhaupt nicht bestanden hat 56).

An diese Feststellung schließt sich unmittelbar die Frage an, wie sich das Verhältnis der Grundsätze zueinander gestaltet, wenn die gemeindliche Planung nach den tatsächlichen Umständen nicht **a l l e n** Erfordernissen gerecht werden kann.

Es liegt nahe, zur Lösung dieser Frage nach einem vom Gesetzgeber vorgegebenen Wertverhältnis, einer Rangordnung zu suchen, welche angibt, welche als besonders wichtig angesehen Güter eine bevorzugte Berücksichtigung vor anderen verdienen.

Diese Rangordnung könnte sich direkt aus § 1 BBauG ergeben, denn dessen Absätze 3 - 5 for-

56) Vgl. dazu oben S. 19 f. u. 23 f.

dern, daß die Bauleitplanung sich einzelnen Bedürfnissen a n p a ß t , sich nach anderen r i c h t e t , sie b e a c h t e t , ihnen d i e n t oder sie b e r ü c k s i c h t i g t .

Aus diesen Formulierungen könnte geschlossen werden, daß der eine oder andere Grundsatz durch den Gesetzgeber mit einem höheren oder niederen Rang ausgestattet worden ist, aufgrund dessen er bei einer Kollision mit anderen Grundsätzen vorzugehen oder zurückzutreten hat ⁵⁷⁾.

Der Versuch, eine solche Rangordnung zu erstellen, wäre jedoch zum Scheitern verurteilt. Selbst wenn man meint, "berücksichtigen" sei weniger als "beachten" ⁵⁸⁾, so ergäbe sich daraus lediglich ein Rangunterschied zwischen zwei Grup-

57) Für den in Aufbau und Aufgabe verwandten Art. 29 Abs. 1 GG stellt sich dieses Problem nicht, da dort nur die Berücksichtigung der einzelnen Richtbegriffe vorgeschrieben ist.

58) So Hamann, Kommentar, 244, der für Art. 29 GG daraus die Befugnis des Gesetzgebers herleitet, im Einzelfall Gebote des Art. 29 Abs. 1 GG unberücksichtigt zu lassen. Ähnl. Luther-Gutachten, S. 22; Maunz-Dürig, Art. 29, Randnr. 23 (Maunz).

pen der Grundsätze, während sich ein solcher für die übrigen Gruppen aus dem Gesetzestext nicht herauslesen läßt.

Gegen eine gesetzlich festgelegte Rangfolge spricht weiterhin die oben erwähnte Begründung des Ausschlußberichts ⁵⁹⁾, nach der alle Grundsätze des § 1 BBauG von der Gemeinde als Rechtspflicht zu beachten sind.

Zudem würde auch eine vorgegebene Rangfolge bei der Anwendung des Gesetzes zu unsinnigen Ergebnissen führen. So müßte, wenn etwa ein gesetzlicher Vorrang der Bedürfnisse der Gesundheit gegenüber denen des Verkehrs bestünde, selbst ein relativ schwaches Bedürfnis der einen ein starkes Bedürfnis der anderen Art zurückdrängen. Die Aufgabe der Planung, unter Berücksichtigung der vorhandenen Gegebenheiten und Erfordernisse eine einem gedachten Idealzustand möglichst weitgehend entsprechende Wirklichkeit zu schaffen, würde zugunsten einer Übertragung starrer Formeln auf die unterschiedlichsten Le-

59) Vgl. oben Anm. 52

benssachverhalte vereitelt.

Zeigt sich somit, daß eine vorgegebene Rangfolge der einzelnen Grundsätze nicht ermittelt werden kann, so kann die Frage, ob ein Grundsatz gegenüber einem anderen vorzugehen oder zurückzutreten hat, nur im Einzelfall entschieden werden, wenn nämlich die unbestimmten Rechtsbegriffe der Grundsätze an Hand der tatsächlichen Gegebenheiten im Planungsgebiet ausgefüllt worden sind.

Damit ändert sich die gestellte Ausgangsfrage nach dem Verhältnis der Grundsätze zueinander insoweit, als nicht die Konkurrenz der einzelnen Grundsätze als solcher, sondern die ihrer im Einzelfall festgestellten Gehalte, die jeweils aus einem oder mehreren unter den unbestimmten Rechtsbegriff subsumierten Interessen gebildet werden, zu behandeln

ist 59a).

Die so festgestellten Interessen oder Interessenbündel bilden die öffentlichen Belange, die nach § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG untereinander abzuwägen sind ⁶⁰⁾:

Ob außer diesen festgestellten Interessen

59a) Damit wird gleichzeitig der Ansatzpunkt für die Kritik der Auffassung Beenkens deutlich, der im Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung davon ausgeht, daß, obwohl § 1 Abs. 3-5 BBauG unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, auch Raum für gemeindliches Ermessen sei. Nach Beenken scheitert die Überprüfung der Berücksichtigung der Grundsätze durch die Gemeinde daran, daß allgemeine Sätze über den Wert der städtebaulichen Sachprobleme nur dort gegeben seien, wo typische Aufgaben vorlägen, denen der Städtebau immer wieder gegenüberstehe. Nur bei solchen typischen Aufgaben seien die Wertigkeiten, die eine Abwägung erlaubten, feststellbar (vgl. Beenken, aaO, S. 236, 246, 250, insbes. S. 271 f). Im Gegensatz zu dieser Auffassung kommt es jedoch auf ein allgemeines Werteschema nicht an, sondern auf die Stringenz der im Einzelfall festgestellten Interessen.

60) Im Ergebnis ebenso Maunz für die unbestimmten Rechtsbegriffe des Art. 29 Abs. 1 GG, sowie für gegensätzliche hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums, Maunz-Dürig, Art. 29 Randnr. 23 und Art. 33 Randnr. 60.

noch weitere an der Abwägung teilnehmen können, braucht hier noch nicht entschieden zu werden ⁶¹⁾.

Nach § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG hat die Abwägung g e r e c h t zu erfolgen. Daraus werden unterschiedliche Folgerungen gezogen. So meint Gelzer ⁶²⁾, das bei Anwendung der Grundsätze ⁶³⁾ zu beachtende Abwägungsgebot zeige deutlich, daß die Baufreiheit ⁶⁴⁾ nicht schutzlos der Planung preisgegeben sei, sondern eben nur in dem Umfang, in dem die gerechte Interessenabwägung es erfordere.

Dagegen führt er an anderer Stelle aus ⁶⁵⁾, nur in Ausnahmefällen könne davon gesprochen werden,

61) Diese Frage verneint ohne Begründung Hoppe, Bauleitplanung und Eigentumsgarantie, DVBl 1964, 165 (169); a.A. Froberg, Eigentumsge-
währleistung d. Planungsgebundenheit, JR
1963, 175.

62) Das neue Bauplanungsrecht, 16.

63) Abweichend von der hier gewählten Terminologie spricht Gelzer von Hauptleitsätzen und Leitsätzen statt von Leitsätzen und Grundsätzen.

64) Offenbar unter Anlehnung an Hoppe, aaO, der meint, bei der Abwägung kämen als private Be-
lange nur Bau- und Nutzungsfreiheit in Betracht

65) aaO, 76 f

daß bei der Frage, in welchem Maße den einzelnen Grundsätzen Rechnung zu tragen sei, nur e i n e Entscheidung richtig sein könne. In der Regel bestünden sehr unterschiedliche und jeweils auch zu begründende Meinungen über die Berücksichtigung einzelner Grundsätze. Maßgebend sei deshalb die Entscheidung der Gemeinde.

Die Entscheidung sei nicht zu beanstanden, wenn sie erkennen lasse, daß die Grundsätze wenigstens beachtet worden seien, auch wenn einige von ihnen im konkreten Fall keine Berücksichtigung gefunden hätten ⁶⁶⁾.

Die Entscheidung über das Maß der Berücksich-

66) Gelzer verwendet "beachten" und "berücksichtigen" im entgegengesetzten Sinne zu Hamann und Maunz. Vgl. oben Anm. 58.

tigung sei eine Ermessensentscheidung 66a) 66b).

Der Fehler, der Gelzer bei diesen Erörterungen unterlaufen ist, wird offenbar, wenn man seine erst hieran anschließenden Erwägungen zum Abwägungsgebot betrachtet ⁶⁷⁾. Gelzer meint, es gebe nicht nur eine, sondern mehrere gerechte Abwägungen und erläutert diese Auffassung an dem folgenden Beispiel:

" Eine Gemeinde will bei ihrer Planung den gesundheitlichen Bedürfnissen der Bevölkerung eine ganz besondere Beachtung schenken und weist deshalb großzügig Grünflächen aus. Diese von

66a) So auch BGH NJW 1967, 2305. Vgl. hierzu auch Anm. 12.

66b) Ebenso gelangt Beenken, aaO, S. 272 f, zu der Annahme, daß eine Ermessensentscheidung vorliegt, wenn im Planungsgebiet zwar die gerechte Notwendigkeit für verschiedene Vorhaben gegeben sei, indessen jedoch nur Raum für ein Vorhaben bestehe. Diese Auffassung erklärt sich daraus, daß nach Beenken nicht die Wertigkeit der im konkreten Einzelfall bestehenden Interessen festgestellt werden soll, sondern die Entscheidung aufgrund "allgemein gültiger Sätze" zu erfolgen hat. Solche "allgemein gültigen Sätze" aber gestatten nur die Erstellung eines starren Wertschemas, das dem Gebot "gerechter Abwägung" nicht gerecht werden kann.

67) aaO, 77

zulässigen Ermessenserwägungen getragene Absicht hat zur Folge, daß privates Eigentum dafür entsprechend mehr in Anspruch genommen wird.

Umgekehrt bleibt manches Eigentum unangetastet, wenn eine Gemeinde - gleichfalls zulässig - der Ausweisung von Grünflächen nicht so hervorgehobene Beachtung schenkt. Je nach Grundeinstellung der Gemeinde können beide Entscheidungen "gerecht" sein, auch wenn in dem einen Falle Grundeigentümer ihr Grundstück abgeben müssen und sie es in dem anderen Falle behalten können."

An diesem Beispiel wird folgendes klar:

Gelzer hat das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG mißverstanden, denn dort heißt es: " Dabei sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen." Die gebotene Abwägung ist also eine dreifache: Abwägung der öffentlichen Belange untereinander, Abwägung der privaten Belange untereinander, Abwägung der aus diesen beiden Abwägungsvorgängen hervorgegangenen Interessen.

bündel 68) gegeneinander.

Gelzer hat die erste erforderliche Abwägung, die der öffentlichen Belange untereinander, übersprungen, und an ihre Stelle eine Ermessensentscheidung der Gemeinde gesetzt. Da aber selbst nach diesem Fehler die Abwägung der öffentlichen gegen die privaten Belange nur eine einzige, wenn auch im Ergebnis angreifbare Entscheidung zugelassen hätte, hat er sein Beispiel so gebildet, daß zwei verschiedene Sachverhalte zu beurteilen waren. Daß er nun zu zwei verschiedenen Ergebnissen kommen mußte, liegt auf der Hand 68a). Damit erweist sich der von Gel-

68) Vgl. oben S. 46

68a) Ähnlich verhält es sich mit dem zweiten Beispiel Gelzers (aaO): Werden von fünf nebeneinander liegenden Grundstücken drei für eine öffentliche Parkfläche benötigt, so soll nach Ansicht Gelzers jede Auswahl unter den fünf Grundstücken gerecht sein. Hier ist übersehen worden, daß auch eine Abwägung der privaten Belange untereinander zu erfolgen hat. Allenfalls dann, wenn bei dieser Abwägung sich Interessen unterschiedlicher Wertigkeit nicht feststellen lassen, könnte Gelzer gefolgt werden. Die Annahme, daß "private Belange" gleichwertig sein müßten, und deshalb gemeindliches Ermessen freigesetzt werde, korrespondiert mit der schon oben (vgl. Anm. 59a und 66b) abgelehnten Auffassung Beenkens, nach der eine Ermessensentscheidung dann gegeben sei, wenn aus praktischen Gründen nur eines von mehreren an sich berechtigten Vorhaben verwirklicht werden könne: Sowohl Gelzer als auch Beenken vernachlässigen die Abwägung der Belange im konkreten Einzelfall.

zer vorgeschlagene Lösungsweg als ungangbar.

Im Gegensatz zu Gelzer schließen Hoppe⁶⁹⁾, Froberg⁷⁰⁾, Neuffer⁷¹⁾ und der VGH Baden-Württemberg⁷²⁾ in Übereinstimmung mit der Begründung des Ausschusses für Wohnungswesen, Bau- und Bodenrecht⁷³⁾ aus der Formulierung des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG auf einen unbestimmten Rechtsbegriff⁷⁴⁾, nehmen also an, daß die Abwägung von der höheren Verwaltungsbehörde und damit auch von Gerichten überprüft werden könne.

Aus der gesetzlichen Forderung, daß die Abwägung gerecht zu erfolgen habe, wird für die Abwägung der öffentlichen und privaten Belange

69) Bauleitplanung und Eigentumsgarantie, DVBl 64, 165 (168).

70) Eigentumsgewährleistung durch Planungsgebundenheit, JR 1963, 174 (175).

71) Das neue Baurecht, § 1 BBauG, S. 13.

72) ESVGH 14, 197 (200), BRS 14, 3 ff., DVBl 67, 385 (386 ff.), vgl. auch schon VwRspr. 9, S. 221 (223) zu § 8 I Ba-Wü AufbauG.

73) Begr. zu BT-Drucks. III, 1794 S. 5 zu § 7.

74) Unbestimmt; Meyer-Stich-Titel, Bundesbaurecht, Anm. 9 zu § 1 BBauG; Knaup-Ingenstau, BBauG, S. 23; a.A. v. Hausen-v.d. Heide ("gebundenes Ermessen"), § 1 IV 1.

gegenseinander geschlossen, daß öffentliche Belange den privaten nicht unter allen Umständen vorgehen ⁷⁵⁾, daß die öffentlichen Belange den privaten mindestens gleichwertig sein müssen, um sich diesen gegenüber durchzusetzen ⁷⁶⁾, daß die öffentlichen Belange höherwertig sein müssen als die privaten, wenn diese verdrängt werden sollen ^{77) 78)}.

Alle diese Auffassungen setzen voraus, daß der Maßstab der gerechten Abwägung ein objektiver sein muß.

Erörterungen darüber, was unter gerechter Abwägung bei der Konkurrenz der öffentlichen Belange untereinander zu verstehen sei, werden in Rechtsprechung und Literatur nirgends angestellt, doch kann hier der Begriff keine andere Bedeutung haben als dort. Demnach ist auch bei der

75) Heitzer-Oestreicher, BBauG, § 1 4 c.

76) Hoppe, aaO, S. 170.

77) Froberg, aaO, 175.

78) VGH Baden-Württemberg, BRS 14, 3 (7) = DÖV 1963, 760 ff (762).

Abwägung der öffentlichen Belange untereinander ein objektiver Maßstab anzulegen.

Die Forderung nach einem objektiven Maßstab bei einer gerechten Abwägung leuchtet ohne weiteres ein, da die Vorstellung von der Gerechtigkeit zwangsläufig mit der von der Objektivität verbunden ist. Welches aber soll der geforderte objektive Maßstab sein?

Erinnern wir uns daran, daß die Grundsätze als solche zunächst gleichrangig sind und den zur Abwägung erforderlichen Gehalt erst durch die Ermittlung und Subsumtion der im konkreten Fall bestehenden öffentlichen Interessen erlangen, so liegt der Versuch nahe, den objektiven Maßstab vom Begriff des Interesses her zu gewinnen, oder von der Stärke der Interessen abhängig zu machen.

Gerade hiergegen aber müssen Bedenken geltend gemacht werden. Wenn man das Interesse als denjenigen Wert definiert, den jemand einer Wirklichkeit oder der Verwirklichung eines gedach-

ten Zustandes beilegt ⁷⁹⁾, so steigt die Stärke des Interesses mit dem beigelegten Wert, woraus unmittelbar folgt, daß die Stärke eines so verstandenen Interesses niemals Maßstab einer gerechten Abwägung sein kann, denn der die Stärke des Interesses bestimmende beigelegte Wert hängt von der subjektiven Einstellung des Interessenträgers ab, wobei dessen Veranlagung und Urteilsvermögen die entscheidende Rolle spielen ⁸⁰⁾. Es ist demnach denkbar, daß ein starkes Interesse dennoch ein fehlgeleitetes ist, das infolge unrichtiger Erkenntnis des Trägers etwas objektiv Minderwertiges erstrebt.

Dennoch ist die Rechtswissenschaft in zahllosen Fällen gezwungen, Interessensabwägungen vorzunehmen. Sollen diese gerecht sein, so muß der erforderliche und taugliche Maßstab außerhalb der Wertung des Interessenträgers gefunden wer-

79) Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 68.

80) So H.-J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 29 I b, für das faktische Interesse, in dem Wolff den Gegensatz des objektiven oder wahren Interesses sieht.

den. Das subjektiv geprägte Interesse ist zu objektivieren.

Dies kann geschehen, indem die innere Berechtigung des Interesses festgestellt wird. In diesem Sinne berechtigt ist nicht jedes Interesse, sondern nur das, das "dem kritischen Blick der Gesamtheit" ⁸¹⁾ standhält. Welches Interesse ein berechtigtes ist, bestimmt demnach die Anschauung der Gesellschaft.

Der Begriff des an die Wertung der Gesellschaft anknüpfenden berechtigten Interesses deckt sich mit dem des objektiven oder wahren Interesses, den H.-J. Wolff dem subjektiven oder faktischen Interesse gegenüberstellt. Nach Wolff wird das wahre Interesse ermittelt, indem ein (geistiger oder materieller) Gegenstand nicht (wie beim subjektiven Interesse) auf die tatsächlichen, sondern auf bestimmte zugeordnete Bedürfnisse, Zwecke oder Ziele bezogen, und von

81) Jellinek, aaO, 70, vergleicht den so entstehenden Wertmaßstab treffend mit der Feststellung eines Markt- oder Börsenpreises.

dort aus irrtumsfrei beurteilt wird. Für die Beurteilung soll ein objektiver Maßstab, etwa der der "Bildung der Persönlichkeit" oder der "Verwirklichung der wesensentsprechenden Möglichkeiten" angelegt werden ⁸²⁾.

Wenn auch das Ergebnis der Konstruktion Wolff's von dem der Auffassung Jellinek's nicht abweicht, so müssen gegen die Methode Wolff's doch Bedenken geltend gemacht werden;

Die "objektiven Maßstäbe", die Wolff beispielhaft anführt, sind in Wahrheit nichts weniger als objektiv. Was unter "Bildung der Persönlichkeit" oder "Verwirklichung der wesensentsprechenden Möglichkeiten" verstanden werden soll, kann letztlich wiederum nur durch den Rückgriff auf die gesellschaftliche Anschauung gewonnen werden. In diesem Falle aber ist nicht einzusehen, weshalb zur Erlangung eines objektiven Maßstabes der Umweg über Begriffe gewählt werden muß, die ihrerseits der Objektivierung bedürfen.

82) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 29 I b.

Setzen wir somit Jellinek folgend als objektiven Maßstab die geltende gesellschaftliche Anschauung, so gewinnen wir für das Gebot der gerechten Abwägung das Ergebnis, daß demjenigen, Interesse oder Interessenbündel der Vorrang gebührt, das nach der herrschenden gesellschaftlichen Anschauung die höhere innere Berechtigung hat 83) 84).

Die "herrschende Anschauung der Gesellschaft" ist damit verrechtlicht. Sie ist durch das Abwägungsgebot Bestandteil der Rechtsordnung geworden, wie etwa auch das Sittengesetz durch Art. 2 Abs. 1 GG.

83) Im Ergebnis ebenso Hoppe, DVBl 1964, 165, (169), sowie Froberg JR 1963, 174 (175), der meint, die Abwägung sei aus der Sicht eines sachlich und vernünftig denkenden Dritten vorzunehmen.

84) Allgemein zu den Kriterien einer gerechten Entscheidung vgl. H.-J. Wolff, Die Gerechtigkeit als principium iuris, Festschrift f. Sauer, 103 ff (116): "Was in einem konkreten Falle gerecht ist, ergibt sich aus einem Schluß, dessen Obersatz, das Rechtsprinzip, gebietet, die Befriedigung objektiv wertvollerer Interessen nicht zu vereiteln, und dessen Untersatz die Tatsache feststellt, daß im konkreten ... Falle ein objektiv höherwertiges Interesse nicht vereitelt worden ist."

Damit ist jedoch das Konkurrenzproblem noch nicht gelöst. Steht im konkreten Fall fest, daß von zwei einander widerstrebenden, zu den öffentlichen Belangen gehörigen Interessen das eine die höhere innere Berechtigung trägt, so stellt sich die Frage, in welchem Maße das höherwertige Interesse das geringerwertige zu verdrängen vermag.

Es sind hierbei drei Möglichkeiten denkbar:

Entweder verdrängt das höherwertige Interesse das geringerwertige unter allen Umständen völlig, oder nur insoweit, als es erforderlich ist, um die vollständige Befriedigung des höherwertigen Interesses zu gewährleisten, oder das geringerwertige Interesse vermag in bestimmten Bereichen der Verdrängung durch das höherwertige auch dann zu widerstehen, wenn dadurch das höherwertige Interesse teilweise unbefriedigt bleibt.

a) Die Lösung des Konkurrenzproblems
durch Anwendung des Übermaßverbots

Das oben angedeutete Konkurrenzproblem könnte durch Einführung des Übermaßverbots in die Abwägung nach § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG gelöst werden. Daß das Übermaßverbot nicht nur zum Schutze des klassischen rechtsstaatlichen Gedankenguts, sondern auch zur Lösung von Konkurrenzproblemen tauglich ist, hat für das Gebiet des Verfassungsrechts Lerche⁸⁵⁾ nachgewiesen. Fraglich ist jedoch, ob und wie die Einführung des Übermaßverbots in das Bauplanungsrecht legitimiert werden kann.

Bevor der Versuch dieser Legitimation unternommen werden kann, ist es erforderlich, den Begriff "Übermaßverbot" zu erläutern.

Im Folgenden soll darunter der Oberbegriff zweier Grundsätze, nämlich der Grundsätze

85) Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 53

der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit verstanden werden.

Der Grundsatz der Erforderlichkeit besagt, daß zur Erreichung eines bestimmten Zweckes nur dasjenige Mittel angewandt werden soll, das die geringsteinschneidenden Folgen hervorruft.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet, daß ein zu einem bestimmten Zweck angewandtes Mittel dem Zweck gegenüber nicht unangemessen sein darf ⁸⁶⁾.

Beide Grundsätze haben verschiedene Inhalte ⁸⁷⁾, was aber nicht ausschließt, daß sie zueinander in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen können, dergestalt, daß der eine Grundsatz die Anwendung

86) Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 19.

87) Dennoch wird verschiedentlich unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch der der Erforderlichkeit verstanden. (v. Krauss, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 17 f). Vgl. auch BVerfG v. 15.12.1965. NJW 66, 243 (244)= E 19, 342 (347 ff), wo ausgeführt wird, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebiete, daß Grundrechte nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen erforderlich sei.

des anderen begrenzen und steuern kann. So gibt es zur Erreichung eines bestimmten Zweckes theoretisch nur ein erforderliches Mittel. Dieses eine Mittel, das weder mehr erreicht als der vorgesehene Zweck gebietet, noch hinter dem in Aussicht genommenen Erfolg zurückbleibt, kann aber unverhältnismäßig sein, weil der erstrebte Erfolg geringerwertig ist, als das Gut, das durch die Anwendung des Mittels zwangsläufig vernichtet wird.

Der Gedanke, das Übermaßverbot im Bauplanungsrecht anzuwenden, ist keineswegs neu. So meint Froberg⁸⁸⁾, aus der Tatsache, daß nach § 2 Abs. 1 BBauG die Bauleitpläne aufzustellen sind, soweit und sobald dies erforderlich ist, und daß nach § 9 Abs. 1 BBauG der Bebauungsplan Festsetzungen trifft, soweit es erforderlich ist, folgern zu dürfen, daß der Grundsatz der Erforderlichkeit im Planungsrecht angewendet werden könne.

88) JR 1963, 174 (175)

Grauvogel ⁸⁹⁾ macht den Versuch, die Bebauungspläne als Maßnahmegesetze zu klassifizieren, wodurch wenigstens nach der Ansicht Forst-hoffs ⁹⁰⁾, das Übermaßverbot anwendbar würde ⁹¹⁾.

Dennoch darf nicht verkannt werden, daß die bisherigen Versuche nicht der Einführung des Übermaßverbots in die Abwägungsvorgänge des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG galten, daß vielmehr Grauvogel die These von der Rechtsnormqualität der Bebauungspläne stützen wollte und Froberg die Auswirkungen des bereits erstellten Planes im Auge hatte.

Auch ist der Versuch Frobergs, die Geltung des Erforderlichkeitsprinzips aus § 9 Abs. 1 und § 2 Abs. 1 BBauG herzuleiten, bereits im An-

89) DVBl 1958, 73 (78); dagegen aber Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht 52 m. Anm. 104.

90) Über Maßnahmegesetze, Gedächtnisschrift für Jellinek, 221 ff.

91) Dagegen Lerche, aaO, 51.

satz verfehlt, denn in beiden Vorschriften ist "erforderlich" nicht im Sinne des Übermaßverbots, also wie "mit den geringsteinschneidenden Folgen" zu lesen.

§ 2 Abs. 1 BBauG gebietet, die Bebauungsplanung in Angriff zu nehmen, wenn die tatsächlichen Verhältnisse dies notwendig erscheinen lassen, statuiert also eine mit den Mitteln der Rechtsaufsicht durchsetzbare Pflicht der Gemeinde zur Planung ⁹²⁾.

In § 9 Abs. 1 BBauG bedeutet "soweit erforderlich", daß der Bebauungsplan nur diejenigen nach § 9 Abs. 1 BBauG möglichen Festsetzungen enthalten soll, die zur Durchsetzung der planerischen Vorstellungen der Gemeinde im konkreten Fall benötigt werden ⁹³⁾.

92) Schrödter, BBauG, § 2 Randnr. 2; Neuffer, Das neue Baurecht, § 2 BBauG, S. 16/17; Schütz-Frohberg, BBauG, § 2 Anm. 1.

93) Schrödter, aaO, § 9 Randnr. 4; v. Hansen-v.d. Heide, BBauG § 9 Erl. 2; Meyer-Stichtittel, Bundesbaurecht, § 9 BBauG Randnr. 1.

Beide Vorschriften haben also mit dem Grundsatz der Erforderlichkeit nichts zu tun.

Zur Einführung des Übermaßverbots in die Abwägungsvorgänge des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG bieten sich jedoch folgende Möglichkeiten an:

1. Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit haben Verfassungsrang⁹⁴⁾. Ihre Beachtung könnte schon aus diesem Grunde geboten sein.
2. Ist der Bebauungsplan ein Maßnahmegesetz, und ist weiterhin die oben angedeutete Auffassung Forsthoffs^{94a)} richtig, so ergibt sich daraus unmittelbar die Anwendbarkeit des Übermaßverbots erst in dem Stadium, in dem die Festsetzungen des Bebauungsplans den Betroffenen gegenüber Wirksamkeit er-

94) Vgl. etwa BverfGE 10, 89 (117); 16, 194 (201); NJW 1966, 242 (243).

94a) Vgl. oben Anm. 90.

langen. Mittelbar jedoch entfaltet das Übermaßverbot dann seine Wirkungen auch schon im Stadium der Abwägungsvorgänge, da eine im Sinne des Übermaßverbots fehlerhafte Abwägung sich durch alle folgenden fortsetzt und somit schließlich auch Wirkungen gegenüber den von der Planung Betroffenen zeitigt.

3. Endlich könnte sich die Anwendbarkeit der Übermaßgrundsätze aus dem Bundesbaugesetz selbst ergeben oder dieses könnte doch den Grundsätzen verwandte Gebote enthalten. Diese können freilich - wie bereits oben dargelegt - weder aus § 2 Abs. 1 noch aus § 9 Abs. 1 BBauG hergeleitet werden.

Im Folgenden wird deshalb zu untersuchen sein, ob eine dieser drei Alternativen die Einführung des Übermaßverbots in die Abwägungsvorgänge und damit die Lösung der dabei sich ergebenden Konkurrenzfragen gestattet.

b) Anwendung des Übermaßverbotes wegen seines Verfassungsranges?

Bei der Abwägung der öffentlichen Belange untereinander könnte die Gemeinde an das Übermaßverbot wegen seines Verfassungsranges gebunden sein. Sieht man aber mit der herrschenden Meinung die Bauleitplanung als Normsetzung an, so kann aus dem Verfassungsrang des Übermaßverbots allein noch nicht auf eine Bindung des Ortsgesetzgebers geschlossen werden. Vielmehr bedürfte es dazu der Feststellung, daß sich das Übermaßverbot nicht nur an die Verwaltung, sondern auch an den Gesetzgeber wendet ⁹⁵⁾, und daß es auch für die Bauleitplanung, speziell aber auch für die Abwägung der öffentlichen Belange innerhalb der Bauleitplanung Geltung beansprucht.

95) Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 29 Anm. 1.

Gehen wir vom Erforderlichkeitsgrundsatz aus, der gebietet, zur Erreichung eines bestimmten Zweckes dasjenige Mittel anzuwenden, daß die geringsteinschneidenden Folgen hervorruft, so wird klar, daß sich die Frage der Erforderlichkeit nur dort stellen kann, wo dem Wirken desjenigen, der ein Mittel anwendet, ein rechtliches Hindernis entgegensteht, das ganz oder teilweise beiseitegeräumt werden muß. Ein solches Hindernis besteht für die Verwaltung in jedem Rechtssatz, der dem Bürger eine Rechtsposition einräumt.

Freier dagegen ist die Stellung des Gesetzgebers. Dieser kann auf die Rechtsstellung des Bürgers auch dadurch einwirken, daß er den Bürger privilegierende Normen außer Kraft setzt oder abändert. Ein rechtliches Hindernis tritt ihm dabei erst entgegen, wenn die Rechtsposition des Bürgers nicht nur durch einen der Disposition des einfachen Gesetzgebers unterstellten Rechtssatz, sondern durch einen Rechtssatz mit Verfassungsrang, insbesondere also ein Grundrecht, abgesichert ist.

Bilden Grundrechte das dem Gesetzgeber entgeg tretende rechtliche Hindernis, so wird klar, daß er nur an den Grundsatz der Erforderlichkeit gebunden sein kann, wenn er in den grundrechtlich geschützten Bereich vordringt.⁹⁶⁾.

Ist dem aber so, so scheidet die unmittelbare Anwendung des Übermaßverbots im Bereich der öffentlichen Belange aus:

In diesem Stadium der Abwägung geht es lediglich darum, das Verhältnis zwischen den im Planungsgebiet bestehenden öffentlichen Interessen zu klären. Träger dieser öffentlichen Interessen sind jedenfalls keine Privaten.

Ein Eingriff in Grundrechte wird aber in der Regel nur dann angenommen werden können, wenn der Rechtskreis Privater berührt wird, da die

96) So BverfGE 7, 377 (400).

Grundrechte in erster Linie dem Schutz der Freiheitssphäre des Bürgers gegen Eingriffe des Staates zu dienen bestimmt sind 97). Der Staat und seine Einrichtungen dagegen können Grundrechte regelmäßig nicht für sich in Anspruch nehmen, da ein Rechtssubjekt nicht zugleich Träger und Adressat eines Grundrechts sein kann 98). Kann demnach nicht angenommen werden, daß bei der Abwägung der öffentlichen Belange untereinander Eingriffe in Grundrechte vorgenommen werden, so ist auch die Anwendung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots in diesem Bereich ausgeschlossen 99).

Aber auch mittelbar vermag das verfassungs-

97) BverfGE 7, 198 (204); BverfG NJW 1967, 1411.

98) BverfGE 15, 256 (262).

99) Die Tatsache, daß auch Einrichtungen des Staates ausnahmsweise Grundrechtsträger sein können (vgl. BverfGE 15, 256 (262)), rechtfertigt keine andere Beurteilung, da sich eine Möglichkeit zur Lösung der Konkurrenzfragen an Hand des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots nur ergäbe, wenn sich dieses auf die Konkurrenz aller öffentlichen Interessen anwenden ließe.

rechtliche Übermaßverbot keine Wirkungen zu entfalten.

Voraussetzung der Annahme einer mittelbaren Wirkung wäre zumindest, daß eine im Sinne des Übermaßverbots fehlerhafte Abwägung innerhalb der öffentlichen Belange derart fortwirkte, daß sie Einfluß auf die endgültigen Festsetzungen des Bebauungsplanes nähme, und diese wiederum in einen grundrechtlich geschützten Bereich vordrängen.

Die Festsetzungen halten sich jedoch überwiegend im Bereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, dessen Vorbehalt das Eigentum der Prägung durch den Gesetzgeber preisgibt.

Soweit überhaupt ein vorgegebener Eigentumsbegriff anerkannt wird, hat der Verfassungsgeber selbst durch Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG die Grenze, an der ein rechtliches Hindernis für das Wirken des Gesetzgebers entsteht, zurückgeschoben, so daß sich die gesetzgeberische Tätigkeit in dem so entstandenen Raum

frei entfalten kann. Der Bereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG kann demnach nicht als grundrechtlich geschützt in dem Sinne verstanden werden, daß innerhalb seiner Grenzen der Gesetzgeber an die Grundsätze des Übermaßverbots gebunden wäre ¹⁰⁰⁾.

Diese Auffassung deckt sich mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die im Bereich der Gesetzesvorbehalte - im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG, soweit es sich um reine Ausübungsregelungen handelt - den Erforderlichkeitsgrundsatz unangewendet läßt ¹⁰¹⁾, und nur scheinbar den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zur Anwendung bringt ¹⁰²⁾. Formulierungen wie " Der Gesetzgeber darf Inhalt und Schranken des Eigentums nicht in ei-

100) Im Ergebnis ebenso Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 140 f, der auf das Fehlen eines geprägten Grundrechtsbezirks abstellt, und Herzog, EVStLex, S. 381 (Eigentum).

101) Vgl. BverfGE 7, 377 (403 ff, 406).

102) Vgl. zu Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG BverfGE 11, 30 (43); 11, 234 (239); 14, 19 (22); 15, 226 (234); 16, 147 (167); 17, 232 (242). Zu Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG: BverfGE 8, 71 (80); 18, 121 (132).

ner Weise bestimmen, die grobsachwidrig ist oder in die Interessen der Beteiligten ohne Grund übermäßig eingreift" ¹⁰³⁾ oder " Der Grundrechtsschutz beschränkt sich ... auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender Auflagen " ¹⁰⁴⁾ rechtfertigen die Auffassung Lerches ¹⁰⁵⁾, nach der das Bundesverfassungsgericht hier nicht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, sondern lediglich ein allgemeines Willkürverbot heranzieht.

Ist demnach im Bereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG die Anwendbarkeit des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots zu verneinen, so kann seine Anwendbarkeit bei der Abwägung der öffentlichen Belange untereinander auch

103) BverfGE 18, 121 (132).

104) BverfGE 7, 377, (406).

105) Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 254, weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit allein angesichts der wechselseitigen Kontrollfunktion der Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit nicht zu rechtfertigen wäre.

nicht mit der Begründung angenommen werden, daß einzelne Festsetzungen des Bebauungsplanes auch enteignende Wirkung haben können, und daß insoweit die Anwendung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots geboten sei.

Die mittelbare Auswirkung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbotes auf die Abwägung der öffentlichen Belange untereinander setzte nämlich voraus, daß jede fehlerhafte Abwägung mit Sicherheit dazu führte, daß endgültige Festsetzungen des Bebauungsplanes in grundrechtlich geschützte Bezirke übermäßig eingriffen. Die bloße Möglichkeit eines solchen übermäßigen Eingriffs dagegen, rechtfertigt es nicht, die Konkurrenzprobleme an Hand des Übermaßverbotes zu lösen 106) 107).

106) Vgl. auch Text zu Anm. 99.

107) Aus diesem Grunde kann auf die Erörterung der Legitimation des Übermaßverbots im Verfassungsrecht verzichtet werden. Vgl. hierzu Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 53 ff.

Erweist sich somit, daß die Lösung der bei Abwägung der öffentlichen Belange entstehenden Konkurrenzprobleme an Hand des Übermaßverbots durch dessen Verfassungsrang allein nicht legitimiert werden kann, so muß weiterhin untersucht werden, ob diese Legitimation daraus gewonnen werden kann, daß der Bebauungsplan ein Maßnahmegesetz sein könnte.

c) Der Bebauungsplan als Maßnahmegesetz?

Der umstrittene Begriff ¹⁰⁸⁾ des Maßnahmegesetzes ¹⁰⁹⁾ knüpft an die Erscheinung an,

108) Die Berechtigung der Einführung des Begriffes bestreiten Wehrhahn, VVdSt 15, S. 35 ff. (61); H. Schneider, Über Einzelfallgesetze, Festschrift f. Carl Schmidt, S. 159 ff (162); Scheuner, Das parlamentarische Regierungssystem in der Bundesrepublik, DÖV 1957, S. 633 (635); ders., Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit, DÖV 1960, S. 601 (602); Zeidler, Maßnahmegesetze und klassisches Gesetz, S. 170 ff.

109) Begriff von Forsthoff, Über Maßnahmegesetze, Gedächtnisschrift f. W. Jellinek, S. 221 ff.

daß der moderne Gesetzgeber in zunehmendem Maße sich verwaltungsnaher Strukturen bedient, wodurch an die Stelle des allgemeinen und für die Dauer geltenden das zweckbetonte, zeit-, sach oder personellgebundene Gesetz tritt ¹¹⁰⁾.

Von den zahlreichen Meinungen, die zum Maßnahmegesetz vertreten werden ¹¹¹⁾, ist für die vorliegende Untersuchung nur die Forsthoffs ¹¹²⁾

110) Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 47.

111) Ballerstedt, Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze, Festschrift f. Schmidt-Rimpler, S. 369 ff. (373) sieht den Gegensatz zum Maßnahmegesetz im Rechtsgesetz, dem ein substantieller Rechtsgehalt innewohne, während das Maßnahmegesetz lediglich ein Mittel zum Zweck darstelle; ähnlich Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVdSt 15, S. 3 (5 ff), der die Unterscheidung danach trifft, ob sich das Gesetz an der Gerechtigkeit orientiert, oder die zweckgebundene Reaktion des Gesetzgebers auf eine konkrete Sachlage darstellt; E.R. Huber, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 56, 200 ff. (204) sieht im Maßnahmegesetz die Reaktion des Gesetzgebers zur Beseitigung einer Störungslage; K. Huber, Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz, 1963, S. 121, sieht im Maßnahmegesetz die sich selbst vollziehende, planmäßige Entscheidung eines Einzelfalles in der Form des Gesetzes.

112) Über Maßnahmegesetze aaO.

bedeutungsvoll, denn Forsthoff vertritt die Ansicht, daß Maßnahmegesetze an den Grundsätzen des Übernahmeverbots zu messen seien:

Wenn auch Art. 19 Abs. 1 GG zum Maßnahmegesetz schweige, woraus zu folgern sei, daß der Verfassungsgeber mit Maßnahmegesetzen gerechnet habe und sie nicht verbiete ¹¹³⁾, so folge doch aus der beim Maßnahmegesetz bestehenden Zweck-Mittel-Relation, daß hier von einem Ermessen des Gesetzgebers gesprochen werden könne, was bei den klassischen, konstituierenden Gesetzen wegen des Fehlens eines primär gegebenen Zieles nicht der Fall sei ¹¹⁴⁾. Dieses gesetzgeberische Ermessen sei unter Anwendung der Übermaßgrundsätze auf Ermessensfehler überprüfbar, wobei ein Bedenken gegen die Überprüfung aus dem grundsätzlichen Unterschied zwischen Gesetzgebung und Verwaltung nicht hergeleitet werden könne, da auf dem Gebiet des Maß-

113) Forsthoff, aaO. S. 223.

114) Forsthoff, aaO. S. 234 und 235/36.

nahmegesetzgebung der Gesetzgeber Aufgaben wahrnehme, die ihrer Rechtsnatur nach dem Verwaltungshandeln entsprächen ¹¹⁵⁾).

Ob diesen Thesen Forsthoffs gefolgt werden kann, erscheint jedoch zweifelhaft. Wenn man mit Forsthoff den Grund der Anwendbarkeit der Übernahmegrundsätze in dem von ihm herausgestellten Unterschied zwischen klassischem Gesetz und Maßnahmegesetz sehen will, so muß zunächst geprüft werden, ob Forsthoff tatsächlich taugliche Unterscheidungsmerkmale festgestellt hat:

Nach Forsthoff besteht der Unterschied zwischen klassischem Gesetz und Maßnahmegesetz darin, daß dem klassischen Gesetz die dem Maßnahmegesetz eigene "Zweck-Mittel-Relation", das Streben nach der Erreichung eines primär vorgegebenen Zieles ¹¹⁶⁾ unter Einsatz be-

115) Forsthoff, aaO. S. 236

116) Forsthoff, Über Maßnahmegesetze, Gedächtnisschrift f. W. Jellinek, S. 234, 235 f.

stimmter Mittel, fehlt. Diese Aussage Forst-
hoffs gibt Anlaß zu der Frage, welche Funktion
wohl dem klassischen Gesetz zukommen soll, wenn
dieses nicht einen primär vorgegebenen Zweck
erreichen will. Die Überlegung Mengers, daß
"Rechtssätze, die vor allem gerecht, von der
Rechtsidee beherrscht sein wollen, niemals
b l o ß e Maßnahmen" seien ¹¹⁷⁾, führt bei
der Beantwortung der Frage nicht weiter:

Wenn Rechtssätze der von Menger bezeichneten
Art auch keine b l o ß e n Maßnahmen sein
mögen, so sind sie - offenbar auch nach An-
sicht Mengers - doch a u c h Maßnahmen, er-
streben also auch die Erreichung eines bestimm-
ten Zieles. Ist dem aber so, so läßt sich auch
bei solchen Rechtssätzen die nach Ansicht Forst-
hoffs dem Maßnahmegesetz eigene Zweck-Mittel-
Relation feststellen.

Will man dennoch dabei verbleiben, daß sich das

¹¹⁷⁾ Menger, das Gesetz als Norm und Maßnahme,
VVDSt Bd. 15, S. 3 ff (6 f).

Maßnahmegesetz vom klassischen Gesetz durch die Erkennbarkeit der Zweck-Mittel-Relation unterscheidet, so wird man alsbald feststellen müssen, wie schwierig es ist, auch nur ein einziges klassisches Gesetz in diesem Sinne zu bezeichnen. Normen, die eine von der Lebenswirklichkeit losgelöste Gerechtigkeitsidee proklamieren, wird man vergebens suchen. Vielmehr wird bei jedem Gesetz festgestellt werden müssen, daß der Gesetzgeber - wenn auch um der Gerechtigkeitsidee willen - einen Kreis von Lebenssachverhalten in einem bestimmten Sinne zu ordnen trachtet. Zur Durchsetzung der projektierten Ordnung stellt er Rechtsfolgen fest, die ihrerseits - notfalls unter Zuhilfenahme staatlicher Zwangsmittel - verwirklicht werden können. Dabei bildet die erstrebte Ordnung den Zweck, die festgesetzte Rechtsfolge und das Instrument ihrer Durchsetzung das Mittel, so daß, wenn tatsächlich das Wesen des Maßnahmegesetzes in dem Vorhandensein der Zweck-Mittel-Relation läge, jedes Gesetz als Maßnahmegesetz angesehen werden müßte.

Erweist sich somit die These, daß dem klassi-

schen Gesetz die dem Maßnahmegesetz eigene Zweck-Mittel-Relation gänzlich fehle, als unhaltbar, so kann der Unterschied zwischen klassischem Gesetz und Maßnahmegesetz kein qualitativer, sondern nur ein quantitativer sein:

Bei den von Forsthoff als Maßnahmegesetz bezeichneten Normen tritt lediglich die Zweck-Mittel-Relation mit besonderer Deutlichkeit hervor. Der Grund dafür liegt darin, daß der Gesetzgeber in einem Bereich tätig wird, der nach der strengen Gewaltenteilungslehre der Verwaltung vorbehalten ist:

Während in der Regel die Auswirkung eines klassischen Gesetzes auf den Einzelfall erst dann genau feststellbar ist, wenn das Gesetz durch behördlichen Akt "umgesetzt" worden ist, können die Auswirkungen des Maßnahmegesetzes auf den Einzelfall unmittelbar aus dem Gesetz abgelesen werden, weil das Maßnahmegesetz der Umsetzung durch behördlichen Akt nicht bedarf. Die Deutlichkeit der Zweck-Mittel-Relation re-

sultiert also daraus, daß der Gesetzgeber selbst Wirkungen schafft, wie sie ebenso durch Verwaltungsakte geschaffen werden können¹¹⁸⁾.

Bei Vergegenwärtigung dieser Tatsache wird nun ohne weiteres klar, warum in der Tat Maßnahmegesetze im Forsthoff'schen Sinne an den Grundsätzen des Übermaßverbots meßbar sind: "Gesetz" und "Eingriff" sind hier nicht getrennt. Sie fallen vielmehr in einem Akt zusammen. Bei jedem "Eingriff" in die grundrechtlich geschützte Sphäre des Bürgers aber entfaltet das aufgrund seines Verfassungsranges auch den Gesetzgeber bindende Übermaßverbot seine Wirkungen. Nur weil der Gesetzgeber den behördlichen Umsetzungsakt überspringt und selbst "eingreift", wird seine Tätigkeit unmittelbar durch das Übermaßverbot gehemmt und gesteuert, wenn er in grundrechtlich geschützte Bezirke vordringt.

118) Vgl. hierzu Maunz-Dürig, Art. 20 Anm. 102 aa); "In der Tat spricht viel dafür, ein Maßnahmegesetz immer dann anzunehmen, wenn das Verwaltungsrecht einen Verwaltungsakts bejahen würde."

Da demnach das Maßnahmegesetz im Sinne Forst-
hoffs nur einen der möglichen Fälle d a r -
s t e l l t , i n d e n e n d a s Ü b e r -
m a ß v e r b o t w e g e n s e i n e s
V e r f a s s u n g s r a n g e s Beachtung
fordert, kann die unter dem Gesichtspunkt des
Maßnahmegesetzes angestellte Untersuchung für
die Frage, ob die Übermaßgrundsätze zur Lösung
der Konkurrenzen bei der Abwägung der öffent-
lichen Belange herangezogen werden dürfen, zu
keinem anderen Ergebnis führen als zu dem be-
reits im vorigen Abschnitt gewonnenen;

Da Träger der öffentlichen Belange jedenfalls
keine Privaten sind, kann eine fehlerhafte Ab-
wägung der öffentlichen Belange untereinander
keinen unmittelbaren Verstoß gegen das Über-
maßverbot beinhalten, da eine fehlerhafte Ab-
wägung durch den Ortsgesetzgeber keinen unmit-
telbaren Eingriff in Grundrechte beinhalten
kann.

Deshalb käme allenfalls eine mittelbare Ein-
wirkung der Übermaßgrundsätze auf die Abwä-

gungsvorgänge in Betracht. Diese setzte aber voraus, daß eine im Sinne des Übermaßverbotes fehlerhafte Abwägung der öffentlichen Belange derart fortwirkte, daß sie Einfluß auf die endgültigen Festsetzungen des Bebauungsplanes nähme, und daß diese Festsetzungen wiederum in grundrechtlich geschützte Bereiche vordrängen.

Am Eindringen der Festsetzungen des Bebauungsplanes in grundrechtlich geschützte Bereiche aber fehlt es gerade, denn die Festsetzungen der Bebauungspläne halten sich überwiegend im Bereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, in dem das Übermaßverbot dem Wirken des Ortsgesetzgebers keine Schranken setzt.

Scheitert demnach der Versuch, die Anwendbarkeit der Übermaßgrundsätze auf die Abwägung der öffentlichen Belange unter dem Gesichtspunkt des Maßnahmegesetzes zu begründen, so kann auch dahingestellt bleiben, ob Bebauungspläne tatsächlich Maßnahmegesetze im Sinne Forsthoffs sind. Es bleibt nunmehr lediglich zu untersuchen, ob das Bundesbaugesetz selbst

die Anwendbarkeit der Übermaßgrundsätze bestimmt, oder ob es diesen Grundsätzen verwandte Gebote enthält.

d) Das bauplanungsrechtliche Übermaßverbot

Die Anwendbarkeit des Übermaßverbots im Bauplanungsrecht zur Lösung der innerhalb der Abwägung der öffentlichen Interessen auftretenden Konkurrenzfragen könnte sich schließlich aus den Vorschriften des Bundesgesetzes selbst ergeben.

Daß der Versuch, §§ 2 Abs. 1, 9 Abs. 1 BBauG zur Stützung einer solchen Auffassung heranzuziehen, zu keinem haltbaren Ergebnis führt, wurde bereits oben dargelegt ¹¹⁹⁾.

Andererseits kann auch der Auffassung Hoppes,

119) Vgl. oben S.638f.

der die Anwendbarkeit des Übermaßverbots im Bauplanungsrecht unter Hinweis auf Lerche schon wegen des Fehlens geprägter Grundrechtsbezirke verneint 120), nicht beigetreten werden. Wenn auch zuzugeben ist, daß sich das verfassungsrechtliche Übermaßverbot aus den oben erörterten Gründen nicht in die Abwägung nach § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG einführen läßt, so muß doch vor Ablehnung der Anwendbarkeit des Übermaßgedankens überhaupt geprüft werden, ob nicht der Gesetzgeber seine Anwendung im Bundesbaugesetz selbst vorgeschrieben hat.

Eine Vorschrift, die ausdrücklich die Anwendung des Übermaßverbots im Bauplanungsrecht vorschreibt, enthält das Bundesbaugesetz allerdings nicht.

Die Anwendbarkeit des Übermaßgedanken ergibt sich jedoch aus der folgenden Erwägung:

120) Hoppe, Bauleitplanung und Eigentumsgarantie, DVBl 1964, 165 (169) prüft und verneint die Anwendbarkeit des Übermaßverbots erst bei Abwägung der öffentlichen und privaten Belange.

Die Grundsätze des § 1 BBauG enthalten für die Gemeinde verbindliche Vorschriften. Grundsätzlich müssen daher alle öffentlichen Interessen bei der Bauleitplanung berücksichtigt werden, die sich unter die unbestimmten Rechtsbegriffe der Grundsätze subsumieren lassen. Soweit dies nicht möglich ist, greift das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG ein, daß bestimmt, daß die Befriedigung derjenigen Interessen den Vorzug hat, die als die höherwertigen erkannt worden sind.

An Hand dieser beiden Prinzipien ist es möglich, eine der bei der Kollision zweier öffentlicher Interessen unterschiedlicher Wertigkeit möglichen Lösungen auszuschalten;

Wenn grundsätzlich alle festgestellten öffentlichen Interessen vollständig befriedigt werden sollen, dieser Grundsatz jedoch durch das Abwägungsgebot dann durchbrochen wird, wenn aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse eine vollständige Befriedigung aller Interessen nicht möglich ist, so stehen die beiden Prinzipien zueinander im Verhältnis der Regel zur Ausnahme.

Wendet man Regel und Ausnahme auf einen Kollisionsfall an, so besteht, wenn das höherwertige Interesse voll befriedigt ist, kein Grund mehr, die Ausnahme von der Regel aufrecht zu erhalten. Verbleibt also nach Befriedigung des höherrangigen Interesses noch Raum, so wird dieser unter Anwendung der Regel von dem niederrangigen Interesse ausgefüllt.

Dieses durch die teleologische Auslegung des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG gewonnene Ergebnis ist aber kein anderes als das, welches bei Anwendung des Erforderlichkeitsprinzips hätte gewonnen werden müssen. Hätte nämlich der Gesetzgeber statt des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG eine Bestimmung eingefügt, nach der die Abwägung der öffentlichen Belange unter Berücksichtigung des Erforderlichkeitsgedankens zu erfolgen habe, so würde dies nichts anderes bedeutet haben, als daß bei der Abwägung kein Interesse weiter zurückgedrängt werden dürfe, als es zur Befriedigung eines höherwertigen Interesses erforderlich sei. Die durch die Grundsätze und das Abwägungsgebot gebildete Regel-Ausnahme-Konstellation enthält also eine Kodifizierung des Grundsatzes der Erforderlichkeit, der hier insoweit modifiziert ist, als er

von der überkommenen Eingriffsvorstellung abgelöst ist; Im Rahmen des § 1 BBauG entfaltet der Erforderlichkeitsgrundsatz seine Wirkungen nicht wegen eines Eindringens des Ortsgesetzgebers in "geprägte Rechtsbezirke", sondern deshalb, weil der Gesetzgeber seine Anwendung vorschreibt¹²¹⁾.

121) Unter diesem Gesichtspunkt erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß nach bisherigem, von der Eingriffsvorstellung geprägtem Verständnis des Erforderlichkeitsprinzips dessen Bedeutung unterschätzt worden ist. Eine der obigen Regel-Ausnahme-Konstellation entsprechende, gesetzlich geschaffene Situation wird sich bei einer Vielzahl von "Sollvorschriften" feststellen lassen. Diese Vorschriften wird man in zwei Gruppen unterteilen können: Dringt man bei Anwendung der Vorschrift in geprägte Rechtsbezirke vor, so entfaltet der Übermaßgedanke seine Wirkungen wegen seines Verfassungsranges. In diesen Fällen wird die Ausgestaltung der Vorschrift als "Sollvorschrift" als Postulat des Übermaßverbots angesehen werden müssen. Wäre nämlich die Anwendung der Regel in einem Teil der denkbaren Anwendungsfälle übermäßig, so müßte die Vorschrift, wenn nicht gleichzeitig für diese Fälle eine Ausnahme zugelassen wäre, als verfassungswidrig angesehen werden. Dringt dagegen der Rechtsanwender bei Anwendung der Vorschrift nicht in geprägte Rechtsbezirke vor, gibt jedoch der Gesetzgeber an, daß bei Entgegenstehen höherwertiger Interessen nicht die Regel, sondern die Ausnahme Platz greifen soll, so handelt es sich bei der Sollvorschrift nicht um ein Postulat des Übermaßverbots, sondern um einen gesetzlich normierten, von der Eingriffsvorstellung gelösten Anwendungsfall desselben.

Mit der Anwendung des Erforderlichkeitsprinzips auf die Konkurrenz der öffentlichen Belange scheidet die Möglichkeit aus, daß ein höherwertiges Interesse ein geringerwertiges vollständig zu verdrängen vermag, obwohl der nach Befriedigung des höherwertigen Interesses noch verbleibende Raum eine teilweise Befriedigung des geringerwertigen Interesses zuläßt.

Offen bleibt indessen noch, ob die bei Anwendung des Erforderlichkeitsprinzips gewonnenen Ergebnisse als endgültig anzusehen sind, oder ob möglicherweise eine Korrektur durch die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu erfolgen hat ¹²²⁾.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fordert, daß die Anwendung eines Mittels zur Erreichung

122) Ursprünglich im Polizeirecht wurzelnd, findet der Verhältnismäßigkeitsgedanke heute allgemein im Bereich der Eingriffsverwaltung, aber auch in der Leistungsverwaltung Anwendung. Nachw. bei Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 24 f, Anm. 14, 15.

eines bestimmten Zweckes diesem gegenüber nicht unangemessen sein darf. Er untersagt also auch die Anwendung eines zur Erreichung eines bestimmten Zweckes an sich erforderlichen Mittels, wenn der Wert desjenigen, was durch das Mittel erreicht werden soll, objektiv geringer ist, als der Wert desjenigen, was durch Anwendung des Mittels zerstört wird.

Da bereits oben festgestellt worden ist, daß ein Interesse nur insoweit zurückgedrängt werden kann, als ein *h ö h e r w e r t i - g e s* Interesse dies erfordert, liegt der Schluß nahe, daß es Anwendungsfälle des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei der Konkurrenz der öffentlichen Interessen nicht geben kann. Dennoch wäre dieser Schluß voreilig. Bisher wurde unter den öffentlichen Interessen nur eine grobe Einteilung in höher- und geringerwertige vorgenommen, die aber der Natur der Sache nicht gerecht wird, wie ein Beispiel erläutern mag:

In einer Gemeinde besteht ein unabweisbares Bedürfnis nach einem Schulneubau, der nur auf Kosten eines anderen öffentlichen Interesses durchgeführt werden kann.

Es bieten sich nun die Möglichkeiten an, entweder es bei dem Bau der Schule einschließlich der unbedingt erforderlichen Anlagen zu belassen oder der Schule noch weitere Einrichtungen beizufügen, wie etwa Werkräume, Schulgarten usw.

Beide Varianten der Ausführung werden von demselben Interesse getragen. Dennoch ist erkennbar, daß dieses Interesse stärker ist, soweit es die unbedingt erforderlichen Anlagen betrifft, und sich abschwächt, soweit es sich um Anlagen handelt, die nicht unbedingt erforderlich, sondern nur wünschenswert sind.

Man könnte hier davon sprechen, daß das Interesse einen Interessenhof und einen Interessenkern aufweist. Seine Durchsetzungskraft ist unterschiedlich, je nachdem, ob ein zum Inte-

ressenhof oder ein zum Interessenkern zu rechnendes Vorhaben verwirklicht werden soll. Wird das einzelne Interesse so gesehen, so ist es auch sinnvoll, bei der Konkurrenz mehrerer Interessen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der dann seine Legitimation aus dem Gebot der gerechten Abwägung bezöge, als Korrektiv des Erforderlichkeitsgrundsatzes heranzuziehen.

Sieht man dagegen in dem obigen Beispiel kein einheitliches Interesse, sondern bereits ein Interessenbündel, so bedarf es eines Korrektivs des Erforderlichkeitsgrundsatzes nicht, da ein solches durch die Feststellung der Wertverhältnisse der Interessen bereits vorweggenommen wäre.

Mit der Kennzeichnung des Standorts des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist das Problem der Konkurrenzen zwischen den einzelnen öffentlichen Interessen gelöst. Zusammenfassend ist festzuhalten:

1. Grundsätzlich müssen bei der Bauleitplanung alle unter die unbestimmten Rechtsbegriffe der Grundsätze des § 1 BBauG subsumierbaren öffentlichen Interessen befriedigt werden.
2. Ist dies aus tatsächlichen Gründen nicht möglich, so greift das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG ein.
3. Das Abwägungsgebot verlangt die bevorzugte Befriedigung höherwertiger Interessen und bildet somit eine Ausnahme von dem unter 1. genannten Grundsatz.
4. Aus dem Zusammenwirken von Regel und Ausnahme folgt die Anwendbarkeit des Erforderlichkeitsprinzips.
5. Die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist nur sinnvoll, wenn bei den Einzelinteressen zwischen Interessenhof und Interessenkern unterschieden wird.
6. Wird diese Unterscheidung nicht vorgenommen,

so erübrigt sich die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, dessen Funktion durch die Feststellung der Wertverhältnisse zwischen den öffentlichen Interessen übernommen wird.

5) Die Abwägung der privaten
Belange untereinander

a) Begriff

Nach § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG sind auch die privaten Belange untereinander abzuwägen. Bevor auf diese Seite des Abwägungsgebots eingegangen werden kann, muß festgestellt werden, was unter privaten Belangen im Sinne der Vorschrift zu verstehen ist.

In der Literatur wird diese Frage von Hoppe¹²³⁾ und Froberg¹²⁴⁾ erörtert. Während Hoppe ohne nähere Begründung unter die privaten Belange nur die Nutzungsfreiheit im Sinne eines Maximums an Baufreiheit zählt, meint Froberg, die Planung habe das im Planungsgebiet liegende Eigentum und die hieraus fließenden Rechte zu berücksichtigen, und kommt, ohne den Versuch einer Aufzählung zu unternehmen, zu dem Schluß, daß die Zahl der zu berücksichtigenden privaten Belange kaum geringer sein dürfte, als die Zahl der öffentlichen.

Beide Auffassungen müssen als zu eng abgelehnt werden. Wenn auch in erster Linie die Grundeigentümer von der Bauleitplanung betroffen werden, so sind sie doch nicht die einzigen Betroffenen, Auch für die anderen Einwohner

123) Bauleitplanung und Eigentumsgarantie DVBl 1964, 165 (168).

124) Eigentumsgewährleistung durch Planungsgebundenheit, JR 1963, 174 (175).

des Gemeindegebiets ist es von Interesse, ob die Planung ihre subjektiven Wünsche und Bedürfnisse berücksichtigt. Da aus dem Gesetzestext nichts ersichtlich ist, was die Beschränkung des Begriffs "private Belange" im Sinne Hoppes oder Frohbergs rechtfertigen könnte, so muß angenommen werden, daß grundsätzlich jedes berechnigte Privatinteresse, also auch das Interesse eines Mieters an der Erhaltung des Charakters einer Wohngegend, an der Vermeidung von Geräuschbelästigungen durch Straßen, Flugplätze, industrielle Anlagen und dergleichen, zu den privaten Belangen zählt und damit geeignet ist, auf die Planung Einfluß zu nehmen.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die planende Gemeinde ein jedes Privatinteresse in die Abwägung einbeziehen müßte. Ein solcher Schluß könnte aufgrund folgender Argumentation gezogen werden:

Für die privaten Belange fehlen Vorschriften, welche - wie die Grundsätze des § 1 BBauG - bestimmen, welche privaten Interessen berücksich-

tigt werden müssen. Da demnach der Gesetzgeber den Begriff "private Belange" in keiner Weise beschränkt hat, muß nach § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG jedes Privatinteresse an der Abwägung teilnehmen.

Gehen wir aber mit den bisherigen Ergebnissen davon aus, daß die Begriffe "öffentliche Belange" und "private Belange" unbestimmte Rechtsbegriffe darstellen, und daß die höhere Verwaltungsbehörde einen gegen § 1 BBauG verstoßenden Bebauungsplan nicht genehmigen darf, so ergibt sich die Folgerung, daß die Genehmigung immer dann zu versagen wäre, wenn irgendein Privatinteresse bei der Abwägung unberücksichtigt geblieben wäre. Das würde aber dazu führen, jede Bebauungsplanung von vornherein unmöglich zu machen, denn in der Praxis wäre eine lückenlose Feststellung der möglicherweise durch die Planung berührten Privatinteressen eine unlösbare Aufgabe.

Andererseits kann es nicht der Wille des Gesetzgebers sein, die Auswahl der in die Abwägung einzuführenden Privatinteressen in das Belieben

der planenden Gemeinde zu stellen. In diesem Falle wäre das Abwägungsgebot überflüssig, denn die Gemeinde hätte es in der Hand, nur derart geringwertige Privatinteressen zur Abwägung zu bringen, daß diese letztlich stets zugunsten der öffentlichen Interessen ausfallen müßte.

Verlangt demnach die Abwägung der privaten Belange untereinander mehr als die Berücksichtigung der von der Gemeinde bestimmten und weniger als die Berücksichtigung aller möglicherweise tangierten privaten Interessen, so kann, da es nicht der gesetzgeberische Wille sein kann, die Gemeinde zu verpflichten, in der Praxis unmögliche Feststellungen zu treffen, die Forderung des Abwägungsgebotes nur dahin gehen, daß sämtliche praktisch feststellbaren Privatinteressen berücksichtigt werden.

Zum Kreise der praktisch feststellbaren Privatinteressen gehören zunächst die Interessen der Grundeigentümer und der am Grundeigentum Berechtigten, die für die Gemeinde ohne Schwie-

rigkeiten erkennbar sind, da sie unmittelbar mit einer ohne weiteres erkennbaren Tatsache, der des Grundbesitzes verknüpft, beziehungsweise aus dem Grundbuch ersichtlich sind. Es liegt auf der Hand, daß die Interessen dieses Personenkreises stets berührt sind, wenn die Gemeinde privates Grundeigentum in die Planung einbezieht.

Gleiches gilt aber auch für die Interessen sonstiger Einwohner. Legt die Gemeinde einen Flugplatz an oder weist sie ein Gebiet als Industriegebiet aus, so ist ohne weiteres erkennbar, daß wegen der durch solche Anlagen entstehenden Geräuschbelästigung die Interessen der Anlieger in Betracht gezogen werden müssen.

Anders liegen die Dinge, soweit die Interessen nicht an äußere, sondern an innere Tatsachen anknüpfen, etwa an Absichten und Pläne der Interessenträger, die noch nicht ins Werk gesetzt sind.

Diese Interessen sind in der Regel für die Ge-

meinde nicht erkennbar. Daraus folgt jedoch noch nicht, daß sie innerhalb der Abwägung unberücksichtigt bleiben dürfen, denn die an innere Tatsachen anknüpfenden Privatinteressen können durchaus eine höhere Berechtigung in sich tragen als die sonstigen, für die Gemeinde erkennbaren Belange.

Die Möglichkeit, die an innere Tatsachen anknüpfenden Interessen der Gemeinde erkennbar zu machen, wird durch § 2 Abs. 6 BBauG gewährleistet, der einerseits einen Ausgleich für die aus der Natur der Sache sich ergebende geringere Möglichkeit der Berücksichtigung der an innere Tatsachen geknüpften Interessen schafft, andererseits die Gelegenheit, nicht oder fehlerhaft berücksichtigte Privatinteressen geltend zu machen, zeitlich beschränkt.

Wird demnach § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG im Zusammenhang mit § 2 Abs. 6 BBauG gesehen, so ergibt sich für den Begriff der abzuwägenden privaten Belange:

Private Belange sind diejenigen Privatin-
teressen, die für die Gemeinde aufgrund
äußerer Tatsachen erkennbar sind, oder die
ihr im Verfahren nach § 2 Abs. 6 BBauG un-
terbreitet werden. Wird ein privates Inte-
resse, das von der Gemeinde nicht oder
nicht ausreichend berücksichtigt worden
ist, während der Monatsfrist der Auslegung
nicht geltend gemacht, so braucht es in die
Abwägung nicht einbezogen zu werden. Denn
indem § 2 Abs. 6 Satz 2 BBauG die Frist
für die Geltendmachung von Anregungen und
Bedenken auf einen Monat festsetzt, bestimmt
er gleichzeitig, daß die nach Ablauf der
Monatsfrist geltendgemachten Einwendungen
nicht mehr berücksichtigt zu werden brau-
chen.

b)

Konkurrenzen

Sind im Verfahren nach § 2 Abs. 6 BBauG die
privaten Interessen festgestellt worden, die
für die Planung erheblich sein könnten, so

erfolgt zunächst nach denselben Grundsätzen wie bei den öffentlichen Belangen die Feststellung der Wertverhältnisse zwischen den einzelnen Interessen und damit gleichzeitig die Ausscheidung derjenigen, die keine innere Berechtigung haben.

Danach treten dieselben Fragen auf, die sich schon bei den öffentlichen Belangen ergeben haben:

Nur in einem gedachten Idealfall wird es vorkommen, daß einzelne Interessen einander nicht widerstreiten. Damit tritt auch hier das Problem der Interessenkonkurrenz auf.

Für die Lösung der Konkurrenzen gilt zunächst dasselbe wie bei den öffentlichen Interessen: Nur ein höherwertiges Interesse vermag ein geringerwertiges zurückzudrängen. Unmittelbar hierauf stellt sich die Frage, ob die Grundsätze des bauplanungsrechtlichen Übermaßverbots auch bei der Konkurrenz der privaten Interessen untereinander Geltung beanspruchen können.

Die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Erforderlichkeit konnte bei der Konkurrenz der öffentlichen Interessen aus zwei Grundsätzen gewonnen werden, die zueinander im Verhältnis der Regel zur Ausnahme standen. Die Regel (Befriedigung aller öffentlichen Interessen) ergab sich daraus, daß die Grundsätze des § 1 Abs. 3 - 5 BBauG für die Gemeinde zwingend sind, die Ausnahme aus dem Abwägungsgebot des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG.

Innerhalb der Abwägung der privaten Interessen kann eine Regel, nach der grundsätzlich jedes Privatinteresse befriedigt werden soll, nur aus dem Sinn des Gesetzes oder aus dem Zusammenhang einzelner Vorschriften gefolgert werden, da Bestimmungen, die den Grundsätzen des § 1 Abs. 3 - 5 BBauG entsprechen, nicht vorhanden sind.

Hier bietet sich das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG an. Zwar kann aus der Tatsache, daß eine gerechte Abwägung der privaten Interessen untereinander gefordert ist, noch nicht geschlossen werden, daß alle privaten

Interessen grundsätzlich Verwirklichung finden müssen. Hierüber macht das Abwägungsgebot keine Aussage, da es nur die Vereitelung eines höherwertigen Interesses zugunsten eines geringerwertigen verbietet. Würde also ein geringerwertiges Interesse durch ein höherwertiges völlig verdrängt, obwohl noch Raum für eine teilweise Befriedigung des geringerwertigen Interesses nach vollständiger Befriedigung des höherwertigen verbliebe, so könnte hierin ein Verstoß gegen das Gebot gerechter Abwägung der Privatinteressen untereinander nicht gesehen werden.

Betrachten wir aber den nächsten durch § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG vorgeschriebenen Abwägungsvorgang, nämlich den zwischen öffentlichen und privaten Belangen, so läßt sich hieraus das gesuchte Prinzip herleiten;

Bei der gegenseitigen Abwägung treten sich die aus den vorangegangenen Abwägungsvorgängen hervorgegangenen Interessen als Interessenblöcke gegenüber. Soweit es nun zulässig ist, daß bei der Abwägung der privaten Belange untereinander

ein höherwertiges Interesse ein geringerwertiges völlig verdrängt, obwohl nach der Befriedigung des höherwertigen Interesses noch Raum für einen Rest des geringerwertigen vorhanden ist, ergibt sich die Folge, daß der von dem höherwertigen Interesse nicht in Anspruch genommene Raum frei bliebe, und somit der Block der privaten Interessen verkleinert würde.

In den dadurch entstehenden freien Raum könnten öffentliche Interessen ungehindert eindringen. Das so entstandene Ergebnis würde jedoch der Forderung nach einer gerechten Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen widersprechen, denn das verdrängte Privatinteresse hätte bei dieser Abwägung nicht teilgenommen und wäre zugunsten eines möglicherweise geringerwertigen öffentlichen Interesses vereitelt worden. Die abschließende Abwägung wäre also nicht gerecht.

Um die Möglichkeit einer ungerechten Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Belangen auszuschließen, muß daher angenommen werden, daß innerhalb der Abwägung der privaten Inte-

ressen untereinander grundsätzlich alle privaten Belange befriedigt werden müssen.

Damit gestalten sich die Verhältnisse ebenso wie bei der Abwägung der öffentlichen Belange untereinander;

Die Regel (Befriedigung aller Privatinteressen) wird durch die Ausnahme durchbrochen, daß die höherwertigen Interessen den Vorrang genießen, wenn die tatsächlichen Verhältnisse die Befriedigung aller Interessen nicht gestatten.

Aus dem Zusammenwirken von Regel und Ausnahme ergibt sich die Anwendbarkeit des Erforderlichkeitsprinzips.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt, ebenso wie bei den öffentlichen Interessen, nur, soweit die einzelnen Privatinteressen als aus Interessenhof und Interessenkern bestehend angesehen werden.

Bei anderer Betrachtungsweise, nämlich bei Aufspaltung von Interessenhof und Interessenkern in selbständige Interessen unterschiedlicher Wertigkeit, wird die Funktion des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch die Feststellung der unterschiedlichen Wertigkeiten übernommen.

6) Die Abwägung der öffentlichen und privaten Belange gegeneinander

Sind durch die vorangegangenen Abwägungsvorgänge die planungserheblichen öffentlichen und privaten Belange festgestellt, so erfolgt die Abwägung der öffentlichen und privaten Belange gegeneinander.

Dabei ist zu beachten, daß öffentliche und private Interessen durchaus nicht immer gegensätzlich sein müssen.

So verbinden sich die Interessen der Wohnungsuchenden mit dem öffentlichen Interesse an

der Berücksichtigung der Wohnungsbedürfnisse, die der Bauwilligen mit dem öffentlichen Interesse an der Förderung der Eigentumsbildung im Wohnungsbau.

Soweit öffentliche und private Interessen einander widerstreiten, gilt für den Ausgleich zwischen ihnen dasselbe wie für die Konkurrenzen einzelner Interessen innerhalb eines Interessenblocks.

Daß grundsätzlich sowohl alle öffentlichen und privaten Belange befriedigt werden müssen, ergibt sich schon aus den bisherigen Erörterungen 125).

Aus § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG ergibt sich wiederum als Ausnahme von der Regel, daß ein Interesse des einen Blockes nur durch ein höherwertiges Interesse des anderen verdrängt werden kann,

125) Vgl. oben S. 86 und 105

wenn die Befriedigung beider nicht möglich ist. Ebenso folgt hier aus dem Zusammenwirken von Regel und Ausnahme die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Erforderlichkeit.

Für die Frage der Anwendbarkeit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit darf auf die Ausführungen hierzu bei der Prüfung der Konkurrenz der öffentlichen Interessen untereinander verwiesen werden ¹²⁶⁾.

Damit ist festgestellt, daß das bauplanungsrechtliche Übermaßverbot alle Abwägungsvorgänge des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG beherrscht.

Gleichzeitig ergibt sich die Antwort auf die einleitend gestellte Frage nach der Bedeutung des § 1 BBauG für den Umfang der Prüfungskompetenz der höheren Verwaltungsbehörden und der Gerichte:

1. Es kann nachgeprüft werden, ob die planende Gemeinde von zutreffenden Feststellungen

¹²⁶⁾ Vgl. oben S. 89 ff.

über die planungserheblichen öffentlichen und privaten Belange ausgegangen ist.

2. Es kann überprüft werden, ob die Abwägung der öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander unter Berücksichtigung des planungsrechtlichen Übermaßverbots fehlerfrei durchgeführt worden ist.

Dieses Ergebnis kann jedoch erst als vorläufig angesehen werden. Wie weit die Prüfungskompetenz tatsächlich geht, hängt von der Beantwortung zweier weiterer Fragen ab. Die bisher festgestellte Prüfungskompetenz könnte nämlich einerseits eine Erweiterung erfahren, wenn sich ergeben sollte, daß auch die im Zusammenhang mit der Planung angestellten Zweckmäßigkeitserwägungen überprüfbar sind. Andererseits könnte aber auch eine Beschränkung der Prüfungsbezugnis anzunehmen sein, wenn sich nämlich herausstellen sollte, daß der Gesetzgeber der planenden Gemeinde bei Feststellung oder Abwägung der privaten und öffentlichen Belange Beurteilungsspielräume zugebilligt hat.

Diese beiden Fragen werden im Folgenden untersucht.

II. Die Zweckmäßigkeitskon-
 trolle in der Bauleitplanung

Die Frage, ob im Bauplanungsrecht eine Zweckmäßigkeitskontrolle stattzufinden habe, wurde bisher allgemein unter Hinweis auf § 6 Abs. 2 BBauG verneint. Die herrschende Meinung zieht aus § 6 Abs. 2 BBauG zwei Folgerungen, deren Inhalt nach dem bisherigen Verständnis des Begriffes "Zweckmäßigkeit" identisch sein dürfte:

1. Es darf keine Zweckmäßigkeitskontrolle angestellt werden.

2. Eine Ermessenskontrolle ist unzulässig ¹²⁷⁾

127) Vgl. dazu die oben Anm. 16 und 17 zitierten Autoren.

Wenn das Wesen des Ermessens darin gesehen wird, daß innerhalb seiner Grenzen jede der alternativ möglichen Entscheidungen als rechtmäßig gilt ¹²⁸⁾, so bedarf, soweit der planenden Gemeinde Ermessen eingeräumt sein sollte, die zweite der genannten Folgerungen keiner Erörterung, denn die nach § 6 Abs. 2 BBauG allein mögliche Rechtskontrolle muß dort enden, wo der dem Ermessen eröffnete Raum beginnt, da die Rechtmäßigkeit der in diesem Raum getroffenen Entscheidungen durch den Begriff des Ermessens selbst vorgegeben ist.

Anders könnte jedoch die erste genannte These zu beurteilen sein. Zwar muß, wenn sich herausstellen sollte, daß die Zweckmäßigkeit nach dem Ermessen der Gemeinde zu beurteilen ist, für die Kontrolle der Zweckmäßigkeit dasselbe gelten, wie für die Kontrolle jeder anderen Ermessensfrage. Aber erst die Prämisse, daß die Zweckmäßigkeitsfrage eine Frage des Ermessens sei, rechtfertigt den Schluß, daß eine Kontrolle zu unterbleiben

128) Vgl. etwa Wolff, Verwaltungsrecht I § 31
II e.

hat. Es gilt daher zunächst zu untersuchen, ob diese Prämisse gegeben ist.

Das Bundesbaugesetz bestimmt weder ausdrücklich, daß die Zweckmäßigkeit in der gemeindlichen Bebauungsplanung nach Ermessen zu beurteilen sei, noch schreibt es vor, daß eine Überprüfung der Zweckmäßigkeit unzulässig sei.

Wenn daher die Auffassung der herrschenden Meinung richtig sein soll, so müssen entweder Zweckmäßigkeitsentscheidungen stets Ermessensentscheidungen sein, oder die Zweckmäßigkeit muß sich aus einem anderen Grunde der Rechtskontrolle entziehen.

Das Verständnis des Verhältnisses zwischen Ermessen und Zweckmäßigkeit wird dadurch erschwert, daß beide Begriffe häufig als Synonyme aufgefaßt werden. So führt etwa v. Laun aus ¹²⁹⁾: "Viele Theoretiker lehren, daß die gerichtliche

129) Das freie Ermessen, 103.

Kontrolle ... sich ihrem Wesen nach nur auf Rechtsfragen, dagegen nicht auf Zweckmäßigkeitserwägungen erstrecken könne. Dem halten andere entgegen, daß in manchen Staaten ... auch Fragen des freien Ermessens ... überprüft werden können ¹³⁰⁾".

In diesen beiden Sätzen zeigt sich deutlich die Gleichsetzung von Zweckmäßigkeitsfrage und Ermessen. Daß eine solche Gleichsetzung geboten sein kann, zeigt Jellinek ¹³¹⁾ mit Zustimmung von Bühler ¹³²⁾ für das Gebiet der Polizeiverordnungen, indem er nachweist, daß das Ermessen der Polizeibehörden darin besteht, über die Zweckmäßigkeit einer Verordnung frei zu befinden.

Damit ist aber keineswegs erwiesen, daß Ermessen und Zweckmäßigkeit stets zusammenfallen müssen. Die gegenteilige Annahme dürfte darauf

130) Weitere Beispiele synonyme Verwendung beider Begriffe bei Jellinek, Gesetz usw., 89 Anm. 91.

131) aaO, S. 88 f.

132) Die subjektiven öffentlichen Rechte, 175.

zurückzuführen sein, daß der Satz, nach dem innerhalb des Ermessensbereichs unter mehreren Möglichkeiten nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten frei gewählt werden könne, unbedenklich umgekehrt worden ist, woraus der Schluß gezogen wurde, daß überall dort, wo nach Zweckmäßigkeit entschieden werde, auch Ermessen bestehe. Während die Richtigkeit des ursprünglichen Satzes schon aus dem Begriff des Ermessens selbst folgt, ist der Beweis der Richtigkeit der Umkehrung nicht zu führen;

Gebietet zum Beispiel der Gesetzgeber im Bereich der gebundenen Verwaltung, eine bestimmte Maßnahme zweckmäßig durchzuführen, so fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, daß durch die Verwendung des Wortes "zweckmäßig" die Gebundenheit in Ermessen verkehrt würde. Vielmehr wäre gerade aus dem Willen des Gesetzgebers, die Verwaltung zu binden, darauf zu schließen, daß in einem solchen Zusammenhang "zweckmäßig" als unbestimmter Rechtsbegriff aufzufassen ist.

Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, "zweckmäßig" sei der Natur des Wortes nach kein

Rechtsbegriff, denn eine Entscheidung darüber, ob ein Begriff als Rechtsbegriff anzusehen ist oder nicht, kann sich nicht aus der Natur des Wortes, sondern nur daraus ergeben, ob sich das Recht seiner bedient oder nicht. Eine andere Frage ist es, ob das Recht Auslegung und Subsumtion eines Begriffes überprüfbar gestaltet hat.

Das Verhältnis zwischen Zweckmäßigkeit und Ermessen läßt sich demnach wie folgt beschreiben:

Zweckmäßigkeitserwägungen sind gerichtlich unüberprüfbar, soweit sie im Zusammenhang mit einer Handlung angestellt werden, die im Ermessen der Behörde steht. Wenn nämlich innerhalb des Ermessensbereichs jede der alternativ möglichen behördlichen Handlungen rechtmäßig ist, so entzieht sich auch die im Zusammenhang mit der Handlung angestellte Zweckmäßigkeitserwägung der Rechtskontrolle.

Zweckmäßigkeitserwägungen sind ferner unüberprüfbar, wenn das der Behörde eingeräumte Ermessen gerade darin besteht, in der nach ihrer

Meinung zweckmäßigsten Weise vorzugehen.

In allen anderen Fällen ist der Gesetzgeber grundsätzlich nicht gehindert, den Begriff der Zweckmäßigkeit als unbestimmten Rechtsbegriff zu verwerten. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die Untersuchung des Begriffs "Zweckmäßigkeit" ergeben sollte, daß eine Definition der Zweckmäßigkeit nicht gefunden werden kann. In diesem Falle nämlich wäre auch eine Subsumtion unmöglich. "Zweckmäßigkeit" wäre dann nur ein Scheinbegriff, dessen Verwendung in der Gesetzessprache die betreffende Norm völlig unbestimmt und damit nichtig machen würde.

Bevor jedoch auf die Frage eingegangen wird, ob es sich bei der Zweckmäßigkeit um einen Begriff oder lediglich um einen Scheinbegriff handelt, soll zunächst untersucht werden, ob eine Zweckmäßigkeitskontrolle als Rechtskontrolle vom Bundesbaugesetz angeordnet oder doch gewollt ist.

1. Die Legitimation der Zweckmäßigkeits-
kontrolle im Bauplanungsrecht

Eine Zweckmäßigkeitskontrolle als Rechtskontrolle kann, da eine die Zweckmäßigkeitskontrolle ausdrücklich gebietende Vorschrift fehlt, nur dann gewollt sein, wenn die Frage der Zweckmäßigkeit auf die Rechtmäßigkeit der Planung Einfluß gewinnt. Das wiederum kann angenommen werden, wenn die Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit eines planerischen Vorhabens, das die Konkretisierung eines unter die unbestimmten Rechtsbegriffe der Grundsätze des § 1 Abs. 3 - 5 BBauG subsumierbaren öffentlichen Interesses darstellt, den Wert dieses Interesses beeinflußt. Beeinflußt nämlich die Zweckmäßigkeit den Wert des Interesses, so beeinflußt sie auch die Abwägung der öffentlichen Interessen untereinander und schließlich auch die Abwägung der öffentlichen Interessen gegen die Privatinteressen.

Daß die Abwägungsvorgänge nachprüfbar sind, wurde bereits festgestellt. Damit ist aber

auch die Zweckmäßigkeit nachprüfbar, wenn ohne Zweckmäßigkeitsprüfung eine Nachprüfung der Abwägung nicht erfolgen kann.

Ein Zusammenhang zwischen Zweck und Wert wird nicht geleugnet werden können. Der Zweck, der mit einer Handlung erstrebt wird, ist von dem Handelnden in der Regel nur gewollt, weil dieser ihm einen Wert beilegt. Die Größe des beilegenden Wertes bestimmt die Stärke des Interesses, das der Handelnde an der Erreichung des Zweckes hat.

Daraus folgt auch ein Zusammenhang zwischen Zweckmäßigkeit und Wert. Wenn man vorbehaltlich einer noch später zu ermittelnden genaueren Definition davon ausgeht, daß der zweckmäßigste Weg derjenige ist, der den erstrebten Erfolg am vollkommensten herzustellen vermag, so wird dem zweckmäßigsten Weg von dem Handelnden der größte Wert zugemessen werden. Damit verstärkt sich mit zunehmender Zweckmäßigkeit das Interesse und damit der der Beschreitung des Weges beigelegte Wert. Der Grad der Zweckmäßigkeit ist dem Grad des Wertes und der Stärke des Interesses direkt proportional.

Für den Zusammenhang zwischen Interessenwert und Zweckmäßigkeit gilt in der Bauleitplanung nichts anderes. Der Unterschied zu einer beliebigen Planung eines Einzelnen besteht lediglich darin, daß es dem Einzelnen freisteht, welchen Wert er einer Verwirklichung beilegen will, während in der Bauleitplanung nicht irgendein subjektiver Wille, sondern die Anschauung der Allgemeinheit ausschlaggebend ist.

Übertragen wir demnach das bisherige Ergebnis auf einen praktischen Fall der Planung, so ergibt sich folgendes Bild:

Plant etwa eine Gemeinde den Bau einer Schule, eines Vorhabens also, das von öffentlichen Interessen getragen wird, und steht dieser Planung ein Privatinteresse entgegen, so hängt die Durchsetzungsfähigkeit des öffentlichen Interesses (auch) von der Zweckmäßigkeit des geplanten Vorhabens ab. Je zweckmäßiger das Vorhaben ist, desto eher wird das Privatinteresse dem öffentlichen weichen müssen.

Damit steht der Zusammenhang zwischen der Zweckmäßigkeit und der als Rechtskontrolle ausgestal-

teten Abwägungsprüfung fest. Soll die Nachprüfung der Abwägungsvorgänge nicht zu einer Farce werden, so muß sie die Nachprüfung der Zweckmäßigkeit einschließen, womit die Zweckmäßigkeitsprüfung in der Bauleitplanung legitimiert ist.

In welcher Weise diese Zweckmäßigkeitskontrolle vorgenommen werden soll, läßt sich jedoch erst feststellen, wenn die oben noch zurückgestellte Frage gelöst ist, ob "Zweckmäßigkeit" ein Begriff ist, oder ein der Subsumtion unzugänglicher Scheinbegriff. Darüberhinaus wird zu prüfen sein, ob das Bundesbaugesetz den Behörden und Gerichten diejenigen Kriterien an die Hand gibt, deren sie zur Durchführung der Zweckmäßigkeitsprüfung bedürfen.

2. Definition der Zweckmäßigkeit

Um feststellen zu können, ob es sich bei dem Wort "Zweckmäßigkeit" um einen Begriff oder

um einen Scheinbegriff handelt, muß definiert werden, was unter Zweckmäßigkeit zu verstehen ist. Gelingt eine Definition, so ist gleichzeitig erwiesen, daß ein Scheinbegriff nicht vorliegt.

Nach Rosin ¹³³⁾ "bezieht sich" die Zweckmäßigkeit darauf, ob der Zweck, der für die Ergreifung einer Maßnahme den Anlaß bildete, durch die Maßnahme tatsächlich erreichbar ist.

Dieser Definitionsversuch ist für unsere Untersuchung unbrauchbar, denn die Zweckmäßigkeit im Sinne Rosins ist nichts anderes als die Zwecktauglichkeit, die Geeignetheit des Mittels, deren gerichtliche Überprüfbarkeit anerkannt ist ¹³⁴⁾. Dennoch besteht zwischen Zweckmäßigkeit und Zwecktauglichkeit kein qualitativer, sondern nur ein quantitativer Unterschied, denn die Zweckmäßigkeit eines Mittels setzt in jedem Falle die

133) Polizeiverordnungsrecht, 293.

134) Vgl. Lerche, Übermaß usw., 76 m.N. in Anm. 186; ebenso Jellinek, Gesetz usw. 297 f.

Zwecktauglichkeit voraus.

So korrigiert denn auch Jellinek die Definition Rosins dahingehend, daß die Frage nach der Zweckmäßigkeit diejenige sei, ob durch die getroffene Maßnahme der Zweck a m b e s t e n erreicht werden könne ¹³⁵⁾.

Folgt man dieser Definition, so stellt sich die Frage, ob die Entscheidung darüber, wie ein bestimmter Zweck am besten erreicht werden kann, anders als als Ermessensentscheidungen denkbar ist.

Unter den verschiedenen denkbaren Wegen zur Erreichung eines Zweckes kann der beste nur durch eine Wertung festgestellt werden. Diese Wertung wird aber, durch mehrere Personen vorgenommen, oft recht unterschiedlich ausfallen, da die Vorstellungen der Einzelnen je nach Veranlagung und Einsichtsfähigkeit mehr oder weniger stark voneinander abweichen.

135) aaO, 88.

Dennoch wäre der Schluß, daß "Zweckmäßigkeit" ein Ermessensbegriff sein m ü s s e , übereilt, denn er ginge davon aus, daß die zur Ausfüllung des Begriffes erforderliche Wertung an Hand des persönlichen Wertmaßstabes des Einzelnen zu erfolgen hätte.

Gelingt es dagegen, für die Wertung einen o b j e k t i v e n Maßstab zu finden, so kann der Begriff von verschiedenen Rechtsanwendern ausgefüllt werden, ohne daß diese bei der Beurteilung desselben Sachverhalts zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen müßten.

Die Schwierigkeiten der Ermittlung des besten Weges zur Erreichung eines Zweckes zeigt ein einfaches Beispiel Jellineks ¹³⁶⁾;

Jemand will eine entfernte Stadt erreichen. Er hat die Möglichkeit, mit der Eisenbahn, mit dem Fahrrad oder dem Kraftfahrzeug zu fahren oder aber zu Fuß zu gehen.

136) Gesetz, Gesetzesanwendung usw. 87.

Hier ist das beste Mittel zur Erreichung des erstrebten Zweckes nicht wissenschaftlich zu ermitteln. Es kann nur festgestellt werden: Will der Reisende sein Ziel möglichst schnell erreichen, so muß er das schnellste Verkehrsmittel wählen. Ob er das aber will, hängt von seiner eigenen freien Bewertung ab.

Zur Ermittlung des zweckmäßigsten unter mehreren möglichen Wegen bedarf es daher außer der Kenntnis des erstrebten Zweckes noch der Kenntnis aller übrigen Gesichtspunkte, die bei der Wahl der Mittel eine Rolle spielen ¹³⁷⁾.

Mithin könnte die Definition Jellineks wie folgt ergänzt werden: Der zweckmäßigste Weg zur Erreichung eines bestimmten Zieles ist derjenige, der das Ziel unter vollständiger - oder, soweit dies nicht möglich, weitgehendster - Berücksichtigung aller Gesichtspunkte erreicht, die bei der Anwendung des Mittels eine Rolle spielen.

Damit ist aber noch wenig gewonnen. Selbst wenn

¹³⁷⁾ Jellinek, aaO.

ein objektiver Wertmaßstab gefunden werden kann, aus dem sich ergibt, in welchem Falle die größtmögliche Berücksichtigung aller wesentlichen Gesichtspunkte erreicht ist, so ist immer noch fraglich, ob die Gesichtspunkte selbst richtig ausgewählt worden sind. Diese Frage kann auch nicht beantwortet werden, solange die Wahl zwischen den Gesichtspunkten von der freien Bewertung dessen abhängt, der das Mittel anwenden soll.

Wird dagegen die Auswahl der Gesichtspunkte, nach denen zwischen mehreren Möglichkeiten zu entscheiden ist, vom Gesetzgeber selbst getroffen, so steht - das Vorhandensein eines objektiven Maßstabes für die Bewertung der Frage, in welchem Fall die größtmögliche Berücksichtigung der Gesichtspunkte erreicht ist, vorausgesetzt - einer Rechtskontrolle des Begriffes "Zweckmäßigkeit" jedenfalls denkgesetzlich nichts im Wege.

Die als unbestimmter Rechtsbegriff aufgefaßte Zweckmäßigkeit ist demnach wie folgt zu definieren:

Die Zweckmäßigkeit gibt an, in welchem Maße bei Erreichung eines gesetzgeberisch bestimmten Zweckes durch eines von mehreren zur Auswahl gestellten Mitteln die vom Gesetzgeber festgelegten, die Auswahl unter den Mitteln bestimmten Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Der zweckmäßigste Weg zur Erreichung des Zieles ist demnach derjenige, der bei vollständiger Erreichung des Zieles die vollständige Berücksichtigung aller Gesichtspunkte gewährleistet, oder, falls die vollständige Berücksichtigung aller Gesichtspunkte objektiv unmöglich ist, derjenige, der bei Anlegung eines objektiven Maßstabes die best- (größt-) mögliche Berücksichtigung der Gesichtspunkte erlaubt.

Für das Bauplanungsrecht bedeutet das: Die Zweckmäßigkeitskontrolle durch höhere Verwaltungsbehörden und Gerichte kommt nur in Betracht, wenn der Gesetzgeber der planenden Gemeinde zur Erreichung bestimmter Zwecke die Auswahl zwischen mehreren Mitteln in der Weise vorgeschrieben hat, daß er die bei der Auswahl zu beachtenden Gesichtspunkte selbst angegeben hat, und wenn darüber hinaus ein objektiver Bewertungsmaßstab

existiert, aus dem zu ersehen ist, in welchem Falle die bestmögliche Berücksichtigung der Gesichtspunkte angenommen werden kann. Daß diese Kriterien tatsächlich gegeben sind, wird nunmehr nachzuweisen sein.

3. Die Kriterien der Zweckmäßigkeitsprüfung

a) Zweck und Mittel der Bauleitplanung

Erste Voraussetzung einer jeden Zweckmäßigkeitsprüfung ist die Kenntnis des Zweckes. Dieser wird für die Bauleitplanung durch § 1 Abs. 1 BBauG angegeben und besteht in der Ordnung der städtebaulichen Entwicklung.

Das Mittel zur Erreichung dieses Zweckes bilden die Bauleitpläne, die die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke festlegen. Zwecktauglich ist demnach ein jeder Bauleitplan, der eine

bestimmte Ordnung in der städtebaulichen Entwicklung festlegt.

Von Zweckmäßigkeit im Rechtssinne kann dagegen erst gesprochen werden, wenn die Gesichtspunkte feststehen, nach denen die Gemeinden sich bei der Auswahl der verschiedenen Planungsmöglichkeiten zu richten haben.

b) Die bei Auswahl der Planungsmöglichkeiten zu beachtenden Gesichtspunkte

Gesichtspunkte, nach denen sich die Gemeinden bei der Planung zu richten haben, enthalten zweifellos die Grundsätze des § 1 Abs. 3 - 5 BBauG. In welcher Weise diese Gesichtspunkte berücksichtigt werden müssen, ergibt sich jedoch schon aus den bisherigen Erörterungen. Ebenso steht bereits fest, daß die Folge einer fehlerhaften Feststellung oder Abwägung der unter die Grundsätze subsumierbaren öffentlichen Belange zur

Rechtswidrigkeit der Planung führt.

Für die Zweckmäßigkeitsprüfung ist folglich nur dann Raum, wenn außer den durch die Grundsätze umschriebenen noch weitere Gesichtspunkte für die Planung bestimmend werden. Dies könnte der Fall sein, wenn zu den nach § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG abzuwägenden öffentlichen Belangen auch solche zu zählen wären, die sich nicht unter die unbestimmten Rechtsbegriffe der Grundsätze subsumieren lassen.

Ein öffentliches Interesse, das wohl bei jeder Planung eine Rolle spielen dürfte, ist etwa das **K o s t e n i n t e r e s s e**. In der Regel wird die planende Gemeinde bei der Auswahl zwischen zwei nach den bisherigen Ergebnissen dieser Untersuchung gleichermaßen rechtmäßigen Planungsmöglichkeiten derjenigen den Vorzug geben, die dem Interesse an einer sparsamen Haushaltsführung entgegenkommt. Fraglich ist aber, ob das nicht unter § 1 Abs. 3 - 5 BBauG subsumierbare Kosteninteresse einen Gesichtspunkt bildet, der nach dem Willen des Gesetzgebers für die Planung bestimmend werden soll, ob also das Kosten-

interesse zu den nach § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG abzuwägenden öffentlichen Belangen gehört.

Der Text des § 1 BBauG allein läßt eine eindeutige Antwort auf diese Frage nicht zu. Einerseits könnte aus der detaillierten Aufzählung der Grundsätze auf eine abschließende Regelung geschlossen werden. Andererseits kann auch die Ansicht vertreten werden, daß mangels einer Einschränkung des Begriffs "öffentliche Belange" in § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG - etwa in der Form einer Verweisung auf die Grundsätze der Absätze 3 - 5 - unter "öffentlichen Belangen" auch andere als die durch die Grundsätze bestimmten Interessen zu verstehen seien.

In der Literatur ist zu dieser Frage nur von Hoppe ¹³⁸⁾, der ohne Begründung die Aufzählung in § 1 Abs. 3 - 5 BBauG für abschließend hält, und Froberg ¹³⁹⁾, der, ebenfalls ohne Begründung, die gegenteilige Meinung vertritt, Stel-

138) Bauleitplanung und Eigentumsgarantie, DVBl 1964, 165 (169).

139) Eigentumsgewährleistung durch Planungsgewandtheit, JR 1963, 174 (175).

lung genommen werden. Insbesondere, so meint Frohberg, bestünden keine Bedenken, die in § 35 Abs. 3 BBauG genannten öffentlichen Belange auch im Rahmen des § 1 BBauG heranzuziehen.

Wäre der Auffassung Frohbergs beizupflichten, so könnten jedenfalls die in § 35 Abs. 3 BBauG genannten Interessen (Kosteninteresse, Interesse der Wasserwirtschaft, Interesse an der Vermeidung von Verunstaltungen des Orts- und Landschaftsbildes, Vermeidung der Bildung von Splittersiedlungen) mit in die Abwägung eingeführt werden, denn diese werden in § 35 Abs. 3 BBauG ausdrücklich als öffentliche Belange anerkannt, da nach dieser Vorschrift öffentliche Belange insbesondere dann beeinträchtigt sind, wenn ein im Außenbereich geplantes Bauvorhaben die dort genannten Interessen gefährdet.

Es darf aber nicht übersehen werden, daß für die Ansicht Frohbergs nur die Tatsache spricht, daß sich der Gesetzgeber sowohl in § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG als auch in § 35 Abs. 3 BBauG des Begriffes "öffentliche Belange" bedient. Daraus

zu schließen, daß der Begriff hier wie dort dieselbe Bedeutung haben muß, erscheint schon deshalb bedenklich, weil beide Vorschriften verschiedene Gegenstände regeln, nämlich einerseits die Bauleitplanung und andererseits die Zulässigkeit einzelner Bauvorhaben außerhalb des Bereichs eines Bebauungsplanes.

Führt demnach der Versuch Frohbergs noch zu keinem befriedigenden Ergebnis, so muß untersucht werden, ob durch eine sinnvolle Auslegung des Gesetzes der scheinbare Widerspruch zwischen den Grundsätzen und dem § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG ausgeräumt werden kann. Es liegt in der Tat nahe, in der ins Einzelne gehenden Aufzählung der Grundsätze eine abschließende Regelung zu sehen. Vergegenwärtigt man sich aber weiterhin, daß die Grundsätze zwingende Gebote an die planende Gemeinde enthalten, so kann angenommen werden, daß sie nur eine Aussage darüber treffen, welche öffentlichen Interessen grundsätzlich befriedigt werden müssen, nicht jedoch darüber, ob weitere Interessen berücksichtigt werden dürfen.

Aus dieser Auslegung ergeben sich zwei Folgerungen: Die durch die Grundsätze umschriebenen öffentlichen Interessen genießen gegenüber anderen öffentlichen Interessen den Vorrang mit der Folge, daß die Benachteiligung eines unter die Grundsätze subsumierbaren öffentlichen Interesses zugunsten eines anderen bereits die Rechtswidrigkeit der Planung herbeiführt.

Zusätzlich zu den durch die Grundsätze umschriebenen öffentlichen Interessen dürfen jedoch noch andere in die Abwägung eingeführt werden.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird durch die folgende Überlegung bestätigt: Das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG verlangt unter anderem die Abwägung der öffentlichen Interessen gegen die privaten. Diese Abwägung erfolgt nach dem Verhältnis der objektiven Werte der Interessen. Wenn nun das öffentliche Interesse an einem bestimmten Vorhaben in seinem Wert (auch) davon abhängig ist ¹⁴⁰⁾, ob das Vor-

140) Vgl. oben S. 120.

haben zweckmäßig geplant ist oder nicht, so muß zur Erfüllung der Forderungen des Abwägungsgebots auch die den Wert des Vorhabens mitbestimmende Zweckmäßigkeit überprüft werden. Diese Zweckmäßigkeitsüberprüfung ist jedoch nur dann möglich, wenn außer den durch die Grundsätze festgelegten Gesichtspunkten noch weitere an der nach § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG gebotenen Abwägung teilnehmen.

Ergibt sich somit, daß außer den durch die Grundsätze umschriebenen, bei der Planung zu berücksichtigenden Gesichtspunkten noch weitere gegeben sind, so läßt sich bisher feststellen: Von den zur Durchführung einer Zweckmäßigkeitskontrolle erforderlichen Kriterien gibt das Bundesbaugesetz Zweck, Mittel und die Gesichtspunkte an, deren Beachtung bei der Erreichung des Zweckes geboten ist. Zu untersuchen bleibt demnach lediglich, wann nach dem Willen des Gesetzgebers die best-(größt-) mögliche Berücksichtigung der genannten Gesichtspunkte anzunehmen ist.

- c) Der Maßstab für die bestmögliche Berücksichtigung der bei Auswahl der Planungsmöglichkeiten zu beachtenden Gesichtspunkte.

Die zweckmäßigste Planung wäre zweifellos diejenige, die sämtliche im Planungsgebiet bestehenden öffentlichen Interessen völlig befriedigte. Da sich eine solche Möglichkeit in der Praxis kaum jemals ergeben wird, muß diejenige Planung als die zweckmäßigste angesehen werden, die nach den tatsächlichen Möglichkeiten der Forderung nach Befriedigung der unterschiedlichen Interessen **a m b e s t e n** gerecht wird.

Welche Lösung der Gesetzgeber in diesem Falle als die beste, und damit als die zweckmäßigste ansieht, ergibt sich aus dem Gebot, die Interessen untereinander **g e r e c h t** abzuwägen. Für die Frage, was unter gerechter Abwägung zu verstehen ist, kann auf die

obigen Erörterungen verwiesen werden ¹⁴¹⁾).

Da sich aus dem Gebot gerechter Abwägung auch der Maßstab ergibt, aus dem ersichtlich ist, in welchem Falle die objektiv beste Berücksichtigung der bei der Planung zu beachtenden Gesichtspunkte gegeben ist, zeigt sich nunmehr, daß das Bundesbaugesetz sämtliche Kriterien angibt, deren man zur Durchführung einer Zweckmäßigkeitskontrolle als Rechtskontrolle bedarf.

4. Der Einfluß des Unzweckmäßigkeit auf die Rechtmäßigkeit der Bauleitplanung

Nachdem aufgezeigt worden ist, daß die Zweckmäßigkeitsprüfung möglich und auch geboten ist, bleibt zu untersuchen, welchen Einfluß eine etwaige Unzweckmäßigkeit auf die Rechtmäßigkeit der Planung zu gewinnen vermag.

141) Vgl. oben S. 46 ff.

Hierbei kann ohne weiteres die Möglichkeit ausgeschaltet werden, daß jede Unzweckmäßigkeit gleichzeitig einen Verstoß gegen § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG beinhalten müßte. Wenn nämlich die Zweckmäßigkeit an Hand derjenigen Gesichtspunkte geprüft werden muß, die sich nicht unter die Grundsätze des § 1 Abs. 3 - 5 BBauG subsumieren lassen, so kann eine fehlerhafte Abwägung nicht schon um ihrer selbst willen rechtswidrig sein: Wenn sogar die N i c h t b e r ü c k s i c h t i g u n g dieser Gesichtspunkte die Rechtswidrigkeit mangels eines Verstoßes gegen die Grundsätze des § 1 Abs. 3 - 5 BBauG nicht unmittelbar herbeizuführen vermag, so kann auch die im Sinne des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG f e h l e r h a f t e B e r ü c k s i c h t i g u n g keine stärkere Wirkung haben.

Schon bei der Legitimation der Zweckmäßigkeitskontrolle im Bauplanungsrecht wurde jedoch angedeutet, daß diese erforderlich ist, um im Rahmen der Abwägung der unter die Grundsätze des § 1 Abs. 3 - 5 BBauG subsumierbaren öffentlichen Belange zu zutreffenden Wertfeststellungen zu gelangen. Da die Zweckmäßigkeit eines durch ein

Öffentliches Interesse getragenen Vorhabens den Wert des Interesses beeinflusst, kann sie auch die Abwägung der öffentlichen Interessen untereinander und damit letztlich die Abwägung der öffentlichen Interessen gegen die Privatinteressen beeinflussen.

Freilich ist es durchaus denkbar, daß eine etwaige Unzweckmäßigkeit den Wert des das planerische Vorhaben tragenden Interesses zwar mindert, daß jedoch der verbleibende Wert dennoch höher ist, als der Wert entgegenstehender Interessen. In diesem Falle beeinflusst die Unzweckmäßigkeit das Ergebnis der Abwägungsvorgänge nicht. Wird dagegen bei der Abwägung ein Interesse zurückgedrängt, dessen Wert höher ist als der Wert eines durch Unzweckmäßigkeit herabgeminderten Interesses, so liegt ein Verstoß gegen § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG vor. Die Planung ist rechtswidrig, weil ein durch Unzweckmäßigkeit eines Vorhabens im Wert gemindertes Interesse hätte zurücktreten müssen.

Dieses Ergebnis ist keineswegs neu. Der VGH

Mannheim ^{141a)} hatte über die Rechtmäßigkeit eines Bebauungsplanes zu entscheiden, durch den Teilflächen privater Grundstücke für eine 260 qm große Grünanlage herangezogen werden sollten. Das Gericht hielt diese Festsetzung für rechtswidrig und begründete seine Ansicht - nachdem es vorausgeschickt hatte, die Zweckmäßigkeit sei nicht überprüfbar ¹⁴²⁾ - damit, daß zwar die Schaffung von Grünanlagen innerhalb der Städte dem öffentlichen Interesse an der Gesunderhaltung der Bevölkerung entspreche, daß aber eine Grünfläche so geringen Umfangs offensichtlich ungeeignet sei, ihren Zweck zu erfüllen ¹⁴³⁾.

Das Gericht meinte offenbar, die ihm vorliegende Rechtsfrage dadurch entschieden zu haben, daß es von der Ungeeignetheit des Mittels auf die Rechtswidrigkeit der Anwendung schloß. Diese Meinung ist indessen irrig: Es kann keine Rede davon sein, daß eine Grünanlage von 260 qm ungeeignet

141a) BRS Bd. 14, 3 ff.

142) aaO, 5.

143) aaO, 8

sei, dem öffentlichen Interesse an der Gesunderhaltung der Bevölkerung zu dienen. Die Frage nach der Geeignetheit kann nur abstrakt gestellt und beantwortet werden. Die richtige Antwort kann nur lauten: Grünanlagen sind (generell) geeignet, dem Interesse an der Gesunderhaltung der Bevölkerung zu dienen.

Ist aber im konkreten Fall eine Grünanlage nicht groß genug, um einer gewissen Anzahl von Erholungssuchenden Platz zu gewähren, so ist diese Anlage unzweckmäßig, weil sie nur wenig zur Erreichung des erstrebten Zweckes beizutragen vermag.

Die im Ergebnis zutreffende Entscheidung hätte demnach wie folgt begründet werden müssen:

Die Festsetzung des Bebauungsplanes wird von dem öffentlichen Interesse an der Gesunderhaltung der Bevölkerung generell getragen. (§ 1 Abs. 4 BBauG) Es ist auch nicht ersichtlich, daß das öffentliche Interesse an der Gesunderhaltung der Bevölkerung auf Kosten eines höherwertigen sonstigen öffentlichen Interesses befriedigt

werden sollte.

Die Gemeinde hat jedoch das Interesse an der Gesunderhaltung der Bevölkerung fehlerhaft gegen die Interessen der Grundstückseigentümer abgewogen. Zwar ist das genannte öffentliche Interesse generell geeignet, das Interesse der Grundeigentümer zurückzudrängen. Im konkreten Fall ist jedoch das von dem öffentlichen Interesse getragene Vorhaben grob und unzweckmäßig, denn es widerspricht dem Interesse der Gemeinde daran, daß Mittel für öffentliche Anlagen nur in Anspruch genommen werden sollen, wenn diese öffentlichen Anlagen einen wirklichen Nutzen für die Allgemeinheit darstellen. Angesichts der geringen Ausdehnung der geplanten Anlage würde diese nur wenigen Benutzern zugute kommen können, der Nutzen für die Allgemeinheit wäre demnach nur gering.

Aus diesem Grunde kann dem das Vorhaben tragenden öffentlichen Interesse nur ein geringer Wert zugemessen werden, der es nicht gestattet, eine Geringerwertigkeit der Privatinteressen anzu-

nehmen. Somit ist die Festsetzung des Bebauungsplans wegen Verstoßes gegen das Gebot gerechter Abwägung rechtswidrig.

Die oben erwähnte Entscheidung des VGH Mannheim ist ersichtlich von der Erkenntnis getragen, daß die Zweckmäßigkeit eines planerischen Vorhabens Einfluß auf die Rechtmäßigkeit der entsprechenden Festsetzung des Bebauungsplans gewinnen kann. Der Weg zur zutreffenden Begründung wurde jedoch durch die unrichtige Annahme versperrt, daß jede Zweckmäßigkeitserwägung eine Ermessensfrage sei.

Mit dem hier gewonnenen Ergebnis kann die Frage nach der Zweckmäßigkeitskontrolle als beantwortet gelten. Dem am Ende des ersten Teils der Untersuchung festgestellten Zwischenergebnis kann hinzugefügt werden:

Auch die Zweckmäßigkeit des Bebauungsplanes oder einzelner Festsetzungen desselben ist überprüfbar. Die Prüfung beschränkt sich jedoch darauf, daß festgestellt wird, ob bei den planerischen Vorhaben derjenige Weg eingeschlagen worden ist,

der den unter die "öffentlichen Belange" des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG subsumierbaren Interessen am besten gerecht wird. Die etwaige Unzweckmäßigkeit in diesem Sinne beeinträchtigt die Rechtmäßigkeit des planerischen Vorhabens nicht, es sei denn, daß der Wert des das einzelne Vorhaben tragenden Interesses durch mangelnde Zweckmäßigkeit des Vorhabens derart gemindert wird, daß sich das Interesse gegenüber einem entgegenstehenden Interesse nicht durchzusetzen vermag. In diesen Fällen ist - wenn die Gemeinde die Wertverhältnisse zwischen den Interessen falsch beurteilt - die einzelne Festsetzung des Planes wegen Verstoßes gegen das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG rechtswidrig.

Es bleibt nun noch zu untersuchen, ob etwa das bisherige Ergebnis dadurch abgeschwächt wird, daß der Gesetzgeber der planenden Gemeinde Beurteilungsspielräume zugebilligt hat. Sollte dies der Fall sein, so würde die nach dem bisherigen Ergebnis weitreichende Kontrollbefugnis eingeschränkt werden.

III. Die Zuerkennung von Beurteilungs-
spielräumen innerhalb der unbestimm-
ten Rechtsbegriffe des § 1 BBauG

1. Begriff des Beurteilungsspielraums und
mögliche Funktion im Bauplanungsrecht

Mit der Annahme, daß die Grundsätze des § 1 BBauG unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, und daß weiterhin auch der ungeschriebene Begriff der Zweckmäßigkeit im Rahmen der gerechten Abwägung im Sinne des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG überprüft werden muß, stellt sich schließlich die Frage, ob innerhalb dieser Begriffe ein gemeindlicher Beurteilungsspielraum anzuerkennen ist.

Bevor hierauf eingegangen werden kann, ist jedoch noch zu untersuchen, ob die im Rahmen der Ermächtigungen zum Erlaß von Verwaltungsakten entwickelte Lehre zum Beurteilungsspielraum auf das Bauplanungs-

recht übertragen werden kann oder ob insoweit der oben angedeuteten Auffassung Schröders zu folgen ist ¹⁴⁴⁾, nach der bereits die Frage nach den unbestimmten Rechtsbegriffen im Bauplanungsrecht falsch gestellt sein soll, weil nicht zu prüfen sei, ob die Gemeinde einen Begriff zutreffend ausgelegt und einen Sachverhalt richtig unter den Begriff subsumiert habe, sondern es lediglich darauf ankomme, ob die Grenzen der Ermächtigung eingehalten worden seien oder nicht.

Daß es der gesetzgeberischen Praxis entspricht, Ermächtigungen zur Rechtssetzung gerade durch unbestimmte Rechtsbegriffe zu umschreiben, wurde bereits oben dargelegt ^{144a)}. Fraglich kann nur sein, ob auch die Zuerkennung von Beurteilungsspielräumen innerhalb von Rechtssetzungsermächtigungen denkbar ist und sinnvoll sein kann.

144) Vgl. oben Anm. 21.

144a) Vgl. oben S. 28 f m. Anm. 34.

Nach Bachof ¹⁴⁵⁾ und Ule ¹⁴⁶⁾ kommt die Einräumung eines Beurteilungsspielraums dort in Betracht, wo ein unbestimmter Rechtsbegriff so wenig konkretisiert ist, daß man innerhalb eines gewissen Bereiches nicht von richtiger oder falscher Anwendung, sondern nur von unterschiedlicher Meinung ¹⁴⁷⁾ oder Vertretbarkeit ¹⁴⁸⁾ sprechen kann. Mit diesem Bereich soll sich der Beurteilungsspielraum decken, Im Unterschied zum Verwaltenserlassen soll hier nicht eine Freiheit in der Auswahl der Rechtsfolgen, sondern eine solche in der Beurteilung der tatbestandlichen Voraussetzungen bestehen. Hält die Behörde diese für gegeben, so soll die Bewirkung des Eintritts der an den Tatbestand geknüpften Rechtsfolge rechtmäßig sein.

Bereits hieraus ergibt sich, daß die Frage nach der Zuerkennung von Beurteilungsspielräumen im

¹⁴⁵⁾ Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 55, 97 ff.

¹⁴⁶⁾ Jellinek-Gedächtnisschrift, 309 ff.

¹⁴⁷⁾ Bachof, aaO, 99.

¹⁴⁸⁾ Ule, aaO, 326; derselbe Verwaltungsprozeßrecht, 7.

Rahmen einer Rechtssetzungsermächtigung sinnvoll ist. Ob nämlich die an den Tatbestand geknüpfte Rechtsfolge durch einen Verwaltungsakt ausgesprochen wird oder ob sie darin besteht, daß der Ermächtigte eine Rechtsverordnung oder Satzung erläßt, macht im Hinblick auf die Beurteilungsspielräume keinen Unterschied. Dasselbe muß gelten, wenn man annimmt, die Vorschriften des Bundesbaugesetzes begrenzten lediglich eine vorgegebene Planungsbefugnis der Gemeinde ^{148a)}. In diesem Falle würde der der Gemeinde eingeräumte Beurteilungsspielraum gleichsam unter umgekehrtem Vorzeichen wirksam: Bewegt sich nämlich das durch unbestimmte Rechtsbegriffe eingeschränkte Handeln in der unmittelbaren Nähe der gezogenen Schranken, so kann mit der gleichen Berechtigung wie bei den Ermächtigungen angenommen werden, daß im Einzelfall die Frage, ob die Schranke bereits überschritten worden ist, nicht eindeutig beantwortet werden kann, so daß es lediglich gerecht-

^{148a)} So Hoppe, Bauleitplanung und Eigentumsgarantie, DVBl 1964, 165 (168) m.w.N.; A.A. Froberg, JR 1963, 174 ff (174).

fertigt ist, von Vertretbarkeit oder unterschiedlicher Auffassung zu sprechen.

Damit erweist sich, daß - gleichgültig, ob die Vorschriften des Bundesbaugesetzes zur Bauleitplanung ermächtigen oder ob sie eine bestehende Planungsbefugnis einschränken - die Annahme des Bestehens von Beurteilungsspielräumen innerhalb der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 1 BBauG zu einer Einschränkung der Rechtskontrolle führen müßte.

Im folgenden wird deshalb zu klären sein, ob der Lehre vom Beurteilungsspielraum gefolgt werden kann, und, falls dies zu bejahen sein sollte, ob auch im Bauplanungsrecht Beurteilungsspielräume anzuerkennen sind.

2. Die Lehre vom Beurteilungsspielraum

Die zu gleichen Ergebnissen führenden Lehren

Bachofs zum Beurteilungsspielraum ¹⁴⁹⁾ und Ules zur Vertretbarkeitstheorie ^{149a)} werden unterschiedlich begründet.

Bachof bekämpft die besonders von Reuß ¹⁵⁰⁾ mit Schärfe vertretene Auffassung, daß die Frage, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen eines behördlichen Handelns vorliegen, einer eindeutigen Beantwortung bedürfe, weshalb der Ausschluß richterlicher Kontrolle weder möglich, noch mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar sei. Er meint, es sei unzutreffend, daß die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs auf einen konkreten Sachverhalt nur eine richtige Lösung zulasse. Diese Annahme möge zutreffen, soweit es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe handele, bei denen bereits eine konkretisierte Vorstellung der Allgemeinheit bestehe. Bei anderen Begriffen, etwa bei dem der "anständigen Baugesinnung", seien subjektiv und

149) aaO.

149a) aaO.

150) Das Ermessen, DVBl 1953, 585 ff; Der unbestimmte Rechtsbegriff, DVBl 1953, 649 ff; Urteilsanmerk. DÖV 1954, 55 und 535.

objektiv mehrere unterschiedliche Lösungen denkbar, wenn der Begriff auf einen Sachverhalt angewendet werde, Das gelte sowohl für Wertbegriffe, als auch für Erfahrungsbegriffe.

Wo nun infolge mangelnder Konkretisierung verschiedene Lösungen nicht als falsch oder richtig, sondern nur als abweichende Meinungen angesehen werden könnten, solle der Richter nicht befugt sein, seine Meinung an die Stelle der Meinung der Behörde zu setzen. Er solle sich vielmehr an die Meinung der Behörde gebunden halten ¹⁵¹⁾.

Tatbestandliche Voraussetzung des Verwaltungshandelns sei demnach in diesen Fällen nicht, daß eine Tatsache einem Begriff unterfalle, sondern daß sie bei verständiger Würdigung als dem Begriff unterfallend angesehen werden könne ¹⁵²⁾. Die der Behörde bei der Gesetzesanwendung zustandene Freiheit liege weder in der Tatsachenfeststellung, noch in der Interpretation des un-

151) Bachof, aaO, 99.

152) Bachof, aaO, 100.

bestimmten Rechtsbegriffs. Diese seien richterlich voll nachprüfbar ¹⁵³⁾. Der Beurteilungsspielraum sei vielmehr innerhalb der Subsumtion angesiedelt ¹⁵⁴⁾.

Demgegenüber begründet Ule ¹⁵⁵⁾ die Vertretbarkeitslehre mit der Ansicht, daß je nach der Beschaffenheit verschiedener Begriffe unterschiedliche Subsumtionsvorgänge erforderlich seien.

Während es bei faktischen Begriffen lediglich der Auslegung bedürfe, müsse bei normativen Begriffen, nachdem durch Auslegung der Mittelsatz ermittelt sei, noch ein Untersatz aufgestellt werden, der ein Werturteil beinhalte. Erst dann könne subsumiert werden.

Da bei Werturteilen stets verschiedene Auffassungen möglich seien und jede "noch so gut ge-

153) Ebenso Klaus Meyer, Zur Problematik der unbest. Rechtsbegriffe in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, DÖV 1954, 368 (369).

154) Bachof, aaO, 100.

155) Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe Jellinek-Gedächtnisschrift, 309 (318 f).

meinte objektivierende Erfassung von Werten schließlich doch in der relativ gültigen Eigenwertung lande" ¹⁵⁶⁾, solle der Richter seine eigene subjektive Wertung nicht an die Stelle der Wertung der Verwaltungsbehörde setzen ¹⁵⁷⁾. Er solle vielmehr, wenn das Urteil der Behörde vertretbar erscheine, ihrer sachverständigen Auffassung folgen ¹⁵⁸⁾.

Gegen die Lehren Bachofs und Ules sind von R. Klein ¹⁵⁹⁾ und Jesch ¹⁶⁰⁾ Bedenken geltend gemacht worden.

Während Klein die Möglichkeit leugnet, zwischen Ermessen und Beurteilungsspielraum zu unterscheiden ¹⁶¹⁾ und auch eine Unterscheidung zwi-

156) aaO, S. 323.

157) aaO, S. 325.

158) aaO, S. 326.

159) Die Kongruenz d. verwaltungsrechtl. Ermessensbereichs u. d. Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit, AöR 82, 75 ff.

160) Unbestimmter Rechtsbegriff u. Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82, 163 ff.

161) Klein, aaO, 103.

schen faktischen und normativen Begriffen für undurchführbar hält ¹⁶²⁾, gelangt Jesch zu dem Ergebnis, daß die Unterscheidung zwischen Beurteilungsspielraum und Ermessen nicht nur möglich, sondern auch erforderlich sei.

Die Untersuchung Jeschs geht von der Struktur der unbestimmten Rechtsbegriffe aus. Der unbestimmte Rechtsbegriff unterscheide sich von dem bestimmten nicht qualitativ, sondern lediglich quantitativ: Jeder Begriff weise einen Begriffskern, in dessen Bereich die Bedeutung nicht zweifelhaft sei, und einen Begriffshof auf, der der Konkretisierung bedürfe. Der Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Begriffen bestehe darin, daß bei den ersteren der Begriffskern im Verhältnis zum Begriffshof größer sei. Bei beiden werde durch Rechtsanwendung der Begriffskern vergrößert, da die Subsumtion eines konkreten Falles unter einen Begriff gleichzeitig den Begriffshof konkretisiere ¹⁶³⁾.

162) Klein, aaO, 107 f.

163) Jesch, aaO, 183 f.

Sei demnach die Unterscheidung zwischen bestimmten und unbestimmten Rechtsbegriffen nach quantitativen Merkmalen möglich, so setze doch die eigentliche Problematik ein, wenn versucht werde solle, den unbestimmten Rechtsbegriff vom Ermessensbegriff zu unterscheiden. Zwar sei die Konzeption, daß der unbestimmte Rechtsbegriff im Unterschied zum Ermessensbegriff bei Anwendung auf einen Sachverhalt nur eine Lösung zulasse¹⁶⁴⁾, theoretisch unangreifbar. In der Praxis ergäben sich jedoch Schwierigkeiten, wenn die sachkundige Erfahrung der Behörden, deren Verantwortlichkeit für die Entscheidung, die Berücksichtigung politischer Erwägungen usw. es nahelegten, die Auffassung der Behörde als richtig, weil möglich, anzuerkennen¹⁶⁵⁾.

Dies sei der Raum, den Bachof und Ule¹⁶⁶⁾ für die Lehre vom Beurteilungsspielraum und die Vertretbarkeitslehre in Anspruch nähmen.

164) Jesch, aaO, 212 m. Nachw.

165) Jesch, aaO, 213.

166) Anm. 145 u. 146.

Die Lehre Bachofs scheitere jedoch schon daran, daß sie eine Trennung von Interpretation und Subsumtion voraussetze, weil einerseits die Interpretation voll nachprüfbar sein solle, während andererseits innerhalb der Subsumtion nach Bachof der Beurteilungsspielraum angesiedelt sei.

Eine solche Trennung sei aber nicht möglich, weil zwischen Interpretation und Subsumtion eine Wechselwirkung bestehe, dergestalt, daß jede Interpretation am konkreten Fall auch antezipierte Subsumtion sei 167).

Auch die Begründung Ules, die letztlich aus

167) Jesch, aaO, 221 f; Ebenso Korbmacher, Ermessen-unbestimmter Rechtsbegriff-Beurteilungsspielraum, DÖV 1965, 696 (699, 701), der an Beispielen nachweist, daß die am Fall vorgenommene Interpretation stets auch die Subsumtionsfrage - wenigstens teilweise - beantwortet, und daß die vom Fall gelöste Auslegung lediglich eine allgemeine Begriffsbestimmung hervorbringt, die der Aufgabe des Rechtsanwenders, den unbestimmten Rechtsbegriff zu konkretisieren, nicht gerecht wird.

der Einteilung in faktische und normative Rechtsbegriffe folge, sei nicht überzeugend. Es sei schon bedenklich, den Terminus "normativer Begriff" aus dem Strafrecht zu entlehnen und dem unbestimmten Rechtsbegriff gleichzusetzen.

Vor allem aber sei ein struktureller Unterschied zwischen faktischen und normativen Begriffen nicht anzuerkennen. Auch die Subsumtion unter faktische Begriffe erfordere Wertungen. Unrichtig sei weiterhin, daß die faktischen Begriffe eine Subsumtion ohne Bildung eines Mittelbegriffes zuließen 168).

Mithin bleibe für den Versuch, die Annahme eines Beurteilungsspielraums aus der Struktur der unbestimmten Rechtsbegriffe zu begründen, nur die Möglichkeit übrig, auf die unscharfen Konturen dieser Begriffe abzustellen. Aber auch hieraus folge keine Lösung des Problems, denn

168) Jesch, aaO, 226 f.

wenn auch anzuerkennen sei, daß bei Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe mehrere Lösungen vertretbar sein könnten, so sage das noch nichts über die Frage aus, wessen Lösung als die verbindliche gelten solle ¹⁶⁹⁾.

Das rechtstheoretische Problem sei zunächst dasselbe, das sich bei der Frage der Revisibilität stelle ¹⁷⁰⁾.

Zwar sei grundsätzlich der Richter berufen, alle Fragen der Rechtsanwendung zu entscheiden. Diese Entscheidung sei ihm aber nur dann möglich, wenn ihm alle für den Fall maßgeblichen Fakten zur Kenntnis gebracht würden. Gerade die Unterbreitung aller Tatsachen stoße jedoch bei den unbestimmten Rechtsbegriffen auf Schwierigkeiten, denn die Entscheidungen der Behörden seien nicht nur von mitteilbaren Tatsachen, sondern häufig gerade in Grenzfäl-

169) aaO, 229.

170) aaO, 230, Dagegen ohne Begründung Ehmke, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, 32.

len von Imponderabilien abhängig, die sich der Auflösung in mitteilbare Fakten entzögen. Deshalb würden die nicht mitteilbaren Fakten von den Behörden summarisch in einem allgemeinen Begriff zusammengefaßt, der die rechtliche Beurteilung der Imponderabilien schon enthalte.

Soweit in diesen Fällen eine Aufklärung des Sachverhalts nicht mehr möglich sei, solle sich der Richter mit der ihm von der Behörde vorgelegten rechtlichen Würdigung der Imponderabilien zufriedengeben, soweit diese vertretbar erscheine ¹⁷¹⁾, denn auch vom Richter verlange das Gesetz, nichts Unmögliches, weshalb er von der ihm durch Art. 19 Abs. 4 GG gestellten Aufgabe dispensiert sei, wenn die Unmöglichkeit vollständiger Sachaufklärung ihn an der Entscheidung hindere ^{171a)}.

Nach Jesch ist demnach in jedem einzelnen Fall gesondert zu entscheiden, ob der Behörde ein Be-

171) Jesch, aaO, 231f.

171a) Jesch, aaO, 242.

urteilungsspielraum zusteht oder nicht. Der Beurteilungsspielraum ergibt sich also weder aus dem Wesen der unbestimmten Rechtsbegriffe allein, noch aus einer gesetzgeberischen Entscheidung, sondern lediglich aus den oft zufälligen Umständen des Einzelfalls. Wollte man dieser Auffassung zustimmen, so könnte man eine Unterscheidung zwischen Ermessen und Beurteilungsspielraum dahingehend treffen, daß Ermessen die vom Gesetzgeber gewollte rechtliche Bindungsfreiheit bedeute, Beurteilungsspielraum dagegen eine ungewollte, aber im Einzelfall unvermeidliche Freistellung von richterlicher Kontrolle darstelle.

Obwohl aber der Kritik Jesch's an den Lehren Bachofs und Ules nichts hinzuzufügen ist, kann seinem eigenen Lösungsversuch nicht gefolgt werden:

Das Problem der mangelnden Faktenmitteilung stellt sich nicht nur dem Verwaltungsrichter. Auch im Straf- und Zivilprozeß sieht sich der Richter häufig der Situation gegenübergestellt,

daß sich der Sachverhalt nicht aufklären läßt, oder daß er von den Parteien nicht aufgeklärt wird. Dann stellt sich die Frage, ob der Richter der Auffassung der Anklagebehörde oder des Verteidigers, des Klägers oder des Beklagten folgen soll.

Daß in diesen Fällen etwa grundsätzlich der Meinung der Anklagebehörde, des Klägers oder des Beklagten der Vorzug zu geben sei, ist noch niemals behauptet worden. Auch im Verwaltungsprozeß ist schlechterdings nicht einzusehen, weshalb die Auffassung der Behörde gegenüber der des Betroffenen den Vorzug haben sollte, will man nicht auf Begründungen wie "die Behörde besitzt die erforderliche Sachkunde, Erfahrung oder das aus langjähriger Beschäftigung mit der Materie folgende Fingerspitzengefühl" ¹⁷²⁾ zurückgreifen, die sämtlich auf tönernen Füßen stehen.

172) Vgl. statt vieler Kopp, Die Grenzen richterlicher Nachprüfung wertender Entscheidungen d. Verwaltung, DÖV 66, 317 (322).

Da es sich stets um die Rechtsanwendung handelt, kann unterstellt werden, daß die Sachkunde des Gerichtes und des Vertreters des Betroffenen nicht geringer ist, als die des Sachbearbeiters der Behörde.

Die Lösung des Problems der mangelnden Faktenmitteilung kann auf die von Jesch vorgeschlagene Art nicht herbeigeführt werden. Es ist aber auch nicht erforderlich, aus der Unmöglichkeit der Klärung von Sachverhalten auf eine Dispensierung des Richters zu schließen, denn der Gesetzgeber hat mit der Unmöglichkeit der richterlichen Aufklärung von Sachverhalten gerechnet. Antwort auf die Frage, wessen Auffassung in diesen Fällen, in denen der Richter wegen mangelnder Kenntnis der Fakten an der Entscheidung gehindert ist, die maßgebliche sein soll, geben die Regeln über die materielle Beweislast 173).

173) Vgl. Kellner, Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 1962, 572 (575); ders. Der sog. Beurteilungsspielraum im der verwaltungsgerichtlichen Prozeßpraxis, NJW 1966, 857 (860).

Kann somit weder aus der Struktur der unbestimmten Rechtsbegriffe, noch aus den bei der Tatsachenfeststellung auftretenden Schwierigkeiten die Zuerkennung von Beurteilungsspielräumen innerhalb unbestimmter Rechtsbegriffe legitimiert werden ^{173a)}, so bleibt noch diejenige Auffassung zu erwähnen, die an den Richter appelliert, er möge wegen der besonderen Sachkunde und Erfahrung der Behörden dort freiwillig Selbstbeschränkung üben, wo er eine genaue Tatsachenfeststellung nicht treffen könne, oder ihm die Nachvollziehung der Entscheidung der Behörde aus anderen Gründen nicht möglich sei ¹⁷⁴⁾.

173a) A.A. Korbmacher, Ermessen - unbestimmter Rechtsbegriff - Beurteilungsspielraum, DÖV 1965, 696 (702).

174) So Kopp, aaO, 321; Ähnlich Ule, Jellinek-Gedächtnisschrift 309 (328). Vgl. auch Ehmke, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, 47, der ausgehend von der Ansicht, die Lehre vom unbestimmten Rechtsbegriff führe lediglich zu den Ergebnissen der Ermessenslehre zurück, meint, es komme nicht darauf an ein Maximum, sondern ein Optimum an Rechtskontrolle zu gewähren. Es sei deshalb nicht nur das Interesse des Bürgers am Rechtsschutz, sondern auch dessen Interesse an einer funktionsfähigen Verwaltung zu schützen. Vgl. dazu auch Schwankhardt, Rechtsstaatlichkeit und unbestimmter Rechtsbegriff, BayVBl. 1964, 133 (135), Gegen Ehmke Kellner, NJW 1966, 857 (862).

Diese Meinung verkennt das Wesen richterlicher Beweiswürdigung ebenso wie die Aufgabe der Beweislastregeln: Wird der Richter vom Vortrag der Behörde überzeugt, so stellt sich ihm das Problem des Beurteilungsspielraums nicht mehr. Kommt dagegen eine richterliche Überzeugung nicht zustande, so ist jede von den Regeln der materiellen Beweislast nicht getragene Entscheidung rechtswidrig.

Damit bleibt als einzige Möglichkeit, das Bestehen eines Beurteilungsspielraums nur dort anzuerkennen, wo der Gesetzgeber der Verwaltung einen solchen ausdrücklich oder stillschweigend eingeräumt hat.

Dieses Zwischenergebnis vermag freilich die Untersuchung nur zu fördern, wenn die bewußte Einräumung von Beurteilungsspielräumen durch den Gesetzgeber verfassungsrechtlich unbedenklich ist. Daß insoweit verfassungsrechtliche Bedenken nicht bestehen, wird nunmehr nachzuweisen sein. Sodann ist zu untersuchen, ob der Gesetzgeber innerhalb der Abwägungsvorgänge des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG der planenden Gemeinde Be-

urteilungsspielräume gewährt hat.

3. Die verfassungsrechtliche Problematik
der Einräumung von Beurteilungsspiel-
räumen durch den Gesetzgeber

Mit dem oben gewonnenen Zwischenergebnis setzen wir uns in Widerspruch zu der Auffassung Jeschs, nach der die bewußte Einräumung eines Beurteilungsspielraums durch den Gesetzgeber auf verfassungsrechtliche Bedenken stößt.

Die Frage "quis iudicabit", so meint Jesch, sei durch Art. 19 Abs. 4 GG eindeutig dahin beantwortet, daß die Kompetenz zur Entscheidung darüber, ob eine Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt vorgenommen worden sei, ausschließlich den Gerichten zustehe 175).

175) Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82, 163 (235).

Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes könne nur in den Fällen anerkannt werden, in denen aus der Unmöglichkeit der Sachaufklärung die Unmöglichkeit der richterlichen Entscheidung folge 176).

Daß die Lehre Jesch's, soweit sie aus der Unmöglichkeit der Sachaufklärung die Anerkennung eines Beurteilungsspielraumes herleitet, nicht zutreffend ist, wurde bereits oben dargelegt 177).

Jesch argumentiert aber weiterhin: Wenn der Gesetzgeber bewußt Gesetze schaffe, die der Verwaltung bei Prüfung der Voraussetzungen eines Eingriffs einen Beurteilungsspielraum einräumten, so bedeute dies einen verfassungswidrigen Eingriff in die durch Art. 19 Abs. 4 GG gesicherte Kompetenz der Gerichte 178).

Dem kann nun nicht entgegengehalten werden, der

176) Jesch, aaO, 242.

177) Vgl. oben S. 161 f.

178) Jesch, aaO, 244 f.

Gesetzgeber könne Beurteilungsspielräume einräumen, weil er auch Ermessen einräumen könne¹⁷⁹⁾, Art. 19 Abs. 4 GG postuliere keine volle Überprüfung der Verwaltungstätigkeit¹⁸⁰⁾, oder der Umfang des gewährleisteten Rechtsschutzes sei nicht gleichbedeutend mit dessen Intensität¹⁸¹⁾.

Es macht durchaus einen Unterschied, ob der Gesetzgeber der Verwaltung unter bestimmten, voll nachprüfbaren Voraussetzungen das Recht einräumt, zwischen verschiedenen Möglichkeiten des Handelns zu wählen, oder ob er der Verwaltung zugesteht zu beurteilen, ob die Voraussetzungen für ihre Tätigkeit vorliegen oder nicht. Schon deshalb erscheint der Schluß vom Ermessen auf den Beurteilungsspielraum problematisch.

179) So BverwGE 15, 39 (42).

180) So Ehmke, zit. bei Kellner, Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Praxis, NJW 1966, 857 (862).

181) BverwGE 15, 39 (42) unter Berufung auf Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, Teil 2, 745.

Ebenso wenig überzeugt der Versuch, Art. 19 Abs. 4 GG restriktiv auszulegen, im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der der durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Rechtsschutz die vollständige Überprüfung des Verwaltungshandelns in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfaßt¹⁸²⁾¹⁸³⁾.

Endlich erscheint es auch zweifelhaft, ob sich der Umfang des Rechtsschutzes von der Intensität trennen läßt. Die oben genannte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts spricht jedenfalls gegen eine solche Annahme.

Den Ansatz zur Lösung des Problems zeigt aber wiederum Jesch selbst auf, indem er ausführt, Art. 19 Abs. 4 GG gewähre keine Rechte, sondern setze den Bestand von Rechten voraus^{184) 185)}.

182) BverfGE 15, 275 (282) unter Hinweis auf Dürig, Maunz-Dürig, Randnr. 47 zu Art. 19 Abs. 4 GG, sowie BFH, BStBl 1955 III S. 66.

183) Vgl. dazu Kellner, NJW 66, 857 (862).

184) Jesch, aaO, 244 f.

185) BverfGE 15, 275 (281).

Deshalb könne der Gesetzgeber eine Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG vermeiden, indem er die Rechte des Bürgers so gestalte, daß diese dort endeten, wo der Beurteilungsspielraum beginne 185a).

Ein solches Verfahren würde jedoch nach Ansicht Jeschs gegen den ebenfalls mit Verfassungsrang ausgestatteten Grundsatz verstoßen, daß Eingriffsermächtigungen zugunsten der Verwaltung gesetzlich normiert sein müßten. Verfahre demnach der Gesetzgeber in der oben angedeuteten Weise, so könne das Gericht - anders als etwa dort, wo der Behörde Ermessen eingeräumt wird -

185a) Diese Konstruktion entspricht der von Kellner, Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 1962, 572 (576 ff), am Beispiel des Deutschen Richtergesetzes (Befähigung zum Richteramt) entwickelten. Der Gesetzgeber habe hier (§ 5 Abs. 1) das Merkmal "Befähigung" durch das Merkmal "bestandene Prüfung" ersetzt, so daß es den Gerichten nicht möglich sei zu prüfen, ob der Bewerber die zum Richteramt erforderlichen Kenntnisse habe, sondern nur, ob er die zweite Staatsprüfung bestanden habe oder nicht.

noch nicht einmal überprüfen, ob der Eingriff der Behörde von einer Ermächtigung getragen sei. Jeder Eingriff ohne Ermächtigung sei eine Rechtsverletzung. Gegen diese gewähre aber Art. 19 Abs. 4 GG einen Totalschutz¹⁸⁶⁾.

Dieser letzten Argumentation Jesch's kann nicht gefolgt werden; Wenn der Gesetzgeber ein Recht des Bürgers so gestaltet, daß dieses dort endet, wo der der Behörde eingeräumte Beurteilungsspielraum beginnt, so können Bedenken dagegen weder aus Art. 19 Abs. 4 GG, noch aus Art. 20 Abs. 3 GG geltend gemacht werden.

Sicherlich ist es richtig, daß die Verwaltung einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf, um in Rechte des Bürgers einzugreifen. Ebenso richtig ist es, daß Art. 19 Abs. 4 GG einen Schutz gegen ermächtigungslose Rechtseingriffe gewährleistet.

186) Jesch, aaO, 245.

Jesch hat jedoch übersehen, daß eine gesetzliche Eingriffsermächtigung nur dort gefordert werden kann, wo tatsächlich ein Recht besteht. Gestaltet aber der Gesetzgeber ein Recht des Bürgers in der geschilderten Art, so besteht es im Bereich des Beurteilungsspielraums nicht mehr, vielmehr ist es durch das den Beurteilungsspielraum einräumende Gesetz dort abgeschnitten worden, wo der Beurteilungsspielraum beginnt.

Mit dieser Erkenntnis ist die verfassungsrechtliche Problematik der Einräumung von Beurteilungsspielräumen durch den Gesetzgeber aber noch nicht gelöst, denn angesichts der Gefahr, daß der Gesetzgeber auf dem beschriebenen Wege den "verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsschutz praktisch leerlaufen lassen könnte" 186a), stellt sich sofort die Frage, ob der Gesetzgeber befugt sei, die Rechtsbeschneidungen vorzu-

186a) Kellner, Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 1962, 572 (578).

nehmen, die mit jeder Einräumung eines Beurteilungsspielraums zwangsläufig verbunden sind.

Hier genügt es nicht zu fordern, daß es sich um wertende Entscheidungen handeln müsse, daß die gewählte Beurteilungsmethode die denkbar beste Gewähr für ein richtiges Urteil bieten müsse und daß der Beurteilungsspielraum nicht nur eingeräumt werden dürfe, um dem Bürger den Rechtsschutz abzuschneiden^{186b)}. Vielmehr müssen die Grenzen der gesetzgeberischen Möglichkeiten aus dem Verfassungsrecht hergeleitet werden. Die Frage muß also lauten: Welches Recht des Bürgers ist zum Zwecke der Einräumung des Beurteilungsspielraumes beschnitten worden und welcher Grundrechtsschutz könnte einer solchen Rechtsbeschneidung entgegenstehen?

Um zu verdeutlichen, welche Konsequenzen sich aus dieser Fragestellung ergeben, sei an dieser Stelle ein Exkurs gestattet, in welchem die

^{186b)} Kellner, aaO, 578 (162).

aufgezeigte Fragestellung in ein Rechtsgebiet eingeführt wird, in dem nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Beurteilungsspielräume anzuerkennen sind. Hierzu bietet sich das Gebiet der Prüfungsentscheidungen ¹⁸⁷⁾ an. Die Ergebnisse dieses Exkurses werden sodann auf das Bauplanungsrecht übertragen werden:

Überwiegend werden Prüfungen abgenommen, um die fachliche Qualifikation eines Bewerbers für einen bestimmten Beruf festzustellen. Wo das Bestehen der Prüfung Voraussetzung für die Berufsaufnahme ist, wird durch dieses Erfordernis in die Freiheit der Berufswahl eingegriffen. Eingriffe in die Freiheit der Berufswahl sollen, soweit durch sie objektive Zulassungsschranken gesetzt werden, nur zur Abwehr schwerer Gefahren für besonders wichtige Gemeinschaftsgüter

187) Vgl. BverwGE 5, 153 (162) (Eignung zum Besuch der Oberschule); E 11, 165 (166); E 12, 29 (34) (Stationszeugnisse d. Referendars); E 12, 359 (363).

zulässig sein¹⁸⁸⁾.

Gehen wir nun mit dem Bundesverwaltungsgericht davon aus, daß bei der Bewertung von Prüfungsleistungen dem Prüfungskollegium ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen ist, so erscheint es zweifelhaft, ob der Nachweis der beruflichen Eignung durch eine solche Prüfung weiterhin mit der einhelligen Meinung in Literatur und Rechtsprechung unbedenklich zum Kreis der subjektiven Zulassungsvoraussetzungen gerechnet werden kann, hängt doch bei Anerkennung eines Beurteilungsspielraums der Ausgang der Prüfung nicht mehr allein von dem Bewerber ab.

In einem letzten Bereich, nämlich dem des Beurteilungsspielraums, entscheidet ausschließlich - und nach herrschender Meinung unüberprüfbar - das Kollegium. Die letzte Einwirkungsmöglichkeit, die in dem Entschluß des Bewerbers gesehen werden könnte, die Entscheidung des Kollegiums hinzunehmen oder aber sie gerichtlich überprü-

188) BverfGE, 7, 377 (407 f).

fen zu lassen, ist gerade durch die Anerkennung eines kontrollfreien Beurteilungsspielraums verspermt. Damit aber kann das Vorhandensein objektiver Momente innerhalb der subjektiven Berufszulassungsvoraussetzung der durch eine Prüfung nachgewiesenen Eignung nicht geleugnet werden.

Diese Erkenntnis rechtfertigt es, die Grundsätze über die Zulässigkeit objektiver Zulassungsvoraussetzungen für die Beurteilung des durch Anerkennung eines Beurteilungsspielraums entstandenen gemischt subjektiv-objektiv zulassungsbeschränkenden Tatbestandes mit heranzuziehen. Dabei ergibt sich folgende Formel:

Die Prüfung als solche muß so ausgestaltet sein, daß sie in einem angemessenen Verhältnis zum erstrebten Zweck (ordnungsgemäße Berufsausübung) steht 189).

Die Rechtmäßigkeit der Einführung eines Beur-

189) BverfGE 7, 377 (407 f).

teilungsspielraums in die Prüfung hängt von zwei Faktoren ab:

Die ordnungsgemäße Berufsausübung muß erforderlich sein, um besonders wichtige Gemeinschaftsgüter zu sichern ^{189a)}.

Gerade die Gewährung eines Beurteilungsspielraums muß erforderlich sein, um zu sachgerechten Prüfungsergebnissen zu gelangen ¹⁹⁰⁾.

Das letztere Postulat wird, wie Kellner zutreffend ausführt ¹⁹¹⁾, dann als erfüllt gelten können, wenn die angewandte Beurteilungsmethode die denkbar beste praktisch zu verwirklichende Gewährleistung für ein richtiges Urteil bietet und nach allgemeiner Auffassung als praktisch unentbehrliches Mittel anerkannt ist.

189a) BverfGE, aaO.

190) Andernfalls müßte der Gesetzgeber die Regelung auf der weniger belastenden Stufe halten. BverfGE 7, 377 (408 f).

191) Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 1962, 572 (578).

Soweit Kellner allerdings annimmt, die oben aufgezeigten Voraussetzungen müßten stets erfüllt sein, wenn der Gesetzgeber einen Beurteilungsspielraum einräumen wolle, so kann ihm nicht gefolgt werden. Nach der hier vertretenen Meinung wird die Zulässigkeit der Einräumung eines Beurteilungsspielraumes maßgebend dadurch bestimmt, welchen grundrechtlichen Schutz dasjenige Recht genießt, das zum Zwecke der Gewährung des Beurteilungsspielraums beschnitten werden muß ^{191a)}. Schon aus diesem Grunde kann die "Ableitung allgemeiner Kriterien der Beurteilungsermächtigung aus dem Prüfungsrecht" ¹⁹²⁾ nicht zu zutreffenden Ergebnissen führen.

191a) In diese Richtung weisen die Entscheidungen des BVerwGE 18, 40 (42) E. 16, 116 (129), in denen die unbestimmten Rechtsbegriffe "Bedürfnis einer Schulschließung" und "Notwendigkeit der Versagung der Zustimmung durch die Landesstraßenbaubehörde nach § 9 Abs. 3 BFernStrG" für voll nachprüfbar erklären, und zwar einmal im Hinblick auf die verfassungsmäßig verankerten Rechte der Eltern und des Staates (Art. 6 und 7 GG) und zum anderen im Hinblick auf die verfassungsrechtl. Eigentumsgarantie.

192) Einen solchen Versuch unternimmt Kellner, aaO.

Es geht deshalb auch nicht an, die oben für das Gebiet der Prüfungsentscheidungen herausgestellten Grundsätze direkt auf das Bauplanungsrecht zu übertragen. Vielmehr muß die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit der Einräumung von Beurteilungsspielräumen aus dem Verfassungsrecht gewonnen werden;

Während der mit der Gewährung von Beurteilungsspielräumen zwangsläufig verbundenen Rechtsbescheidung auf dem Gebiet der Prüfungsentscheidungen Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG Schranken setzt, können solche Schranken auf dem Gebiet des Bauplanungsrechts nur durch Art. 14 GG aufgestellt werden.

Die Festsetzungen der Bebauungspläne enthalten ganz überwiegend Inhaltsbestimmungen des Eigentums, bewegen sich also im Bereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.

In diesem Bereich bewegt sich der Gesetzgeber und - da Gesetz im Sinne des Art. 14 Abs. 1

Satz 2 GG jede Rechtsnorm, also auch eine gemeindliche Satzung ist ¹⁹³⁾ - auch die Gemeinde als Ortsgesetzgeber relativ frei.

Der Grund dafür liegt, wie bereits an anderer Stelle ausgeführt wurde ¹⁹⁴⁾, darin, daß im Bereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG geprägte Rechtsbezirke nicht bestehen, daß vielmehr der Verfassungsgeber hier einen Raum geschaffen hat, der der Prägung durch den einfachen Gesetzgeber eröffnet sein soll ¹⁹⁵⁾.

Ist dem aber so, so zeigt sich gleichzeitig, daß im Bereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ein materieller grundrechtlicher Schutz gegen Rechtsbeschneidungen nicht besteht, so daß der Gesetzgeber an der Gewährung von Beurteilungsspielräumen nicht gehindert wäre. Die oben zu Art. 12 GG herausgestellten Grundsätze, die letztlich aus der Anwendung des Übermaßverbots auf das Problem

193) Vgl. BverfGE 8, 71 (79); 9, 338 (343).

194) Vgl. oben S. 83

195) Vgl. Lerche, Übermaß u. Verfassungsrecht, S. 140 f.

der Einräumung von Beurteilungsspielräumen folgen, erweisen sich demnach im Bauplanungsrecht als unanwendbar.

Gegen die Einräumung von Beurteilungsspielräumen läßt sich auch nicht einwenden, daß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG verlange, daß der Gesetzgeber die ihm eingeräumte Befugnis selbst ausübe, statt sie etwa auf Behörden zu übertragen ¹⁹⁶⁾. Denn die Bebauungspläne werden vom Ortsgesetzgeber als Rechtsnormen erlassen.

Somit erweist sich, daß auf dem Gebiet des Bauplanungsrechts die Zuerkennung von Beurteilungsspielräumen durch den Gesetzgeber unbedenklich wäre, soweit sie nicht als grob sachwidrig anzusehen wäre und in die Interessen ohne Grund oder übermäßig eingriffe ¹⁹⁷⁾. Ähnlich wie im Bereich der reinen Berufsausübungsregelung (Art. 12 Abs.

196) So Bartlsperger, Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates, DVBl 1967, 360 (367) unter Hinweis auf BverwGE 16, 116 (129) (vgl. insoweit Anm. 191 a).

197) BverfGE 18, 121 (132).

1 Satz 2 GG) müßte hier die Zuerkennung von Beurteilungsspielräumen als durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert angesehen werden 198).

Um die Frage nach der materiell-rechtlichen Überprüfbarkeit gemeindlicher Bebauungspläne abschließend beantworten zu können, bedarf es deshalb nur noch der Untersuchung, ob der Gesetzgeber sich für die Einräumung von Beurteilungsspielräumen zugunsten der planenden Gemeinde entschieden hat.

4. Die gesetzgeberische Entscheidung gegen die Einräumung von Beurteilungsspielräumen im Bauplanungsrecht

Die Meinungen darüber, ob der planenden Gemeinde Beurteilungsspielräume zustehen, sind

198) Vgl. zu Art. 12 GG BverfGE 7, 377 (405 f).

in Literatur und Rechtsprechung geteilt. Während Hoppe¹⁹⁹⁾ meint, die Feststellung der beteiligten öffentlichen und privaten Belange sei voll nachprüfbar, nicht jedoch die Abwägung der öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander, vertritt Bartlsperger²⁰⁰⁾ unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg²⁰¹⁾ die Ansicht, daß im Rahmen der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 1 Abs. 3 - 5 BBauG Beurteilungsspielräume überhaupt nicht anzuerkennen seien.

Welcher der beiden Ansichten der Vorzug zu geben ist, hängt, da der Gesetzgeber der planenden Gemeinde nicht ausdrücklich Beurteilungsspielräume zuerkannt hat, davon ab, ob in das Gesetz "hineingelesen" werden kann²⁰²⁾, daß der Gesetzgeber bestimmte Entscheidungen der pflichtgemäßen

199) Bauleitplanung und Eigentumsgarantie, DVBl 1964, 165 (172).

200) Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates, DVBl 1967, 360 (367 f).

201) VWRspr. 9, 221, Leitsatz b (zu § 8 Abs. 1 Ba-Wü AufbauG); BRS Bd. 14, 3 ff (7); ESVGH 14, 197 (200); zuletzt DVBl 1967, 385 (386).

202) BverwGE 5, 153 (163).

Beurteilung der Gemeinde überlassen wollte.

Die umfangreiche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Beurteilungsspielraum ist auf die Frage, in welchen Fällen ein Beurteilungsspielraum in ein anzuwendendes Gesetz hineingelesen werden kann, die Antwort schuldig geblieben. Das Gericht hat sich bisher damit begnügt, in Einzelfällen das Bestehen von Beurteilungsspielräumen thesenhaft zu deklarieren ²⁰³⁾, und kaum den Versuch unternommen, es aus dem Gesetz selbst herzuleiten.

Dennoch bietet die Gesamtheit der Entscheidungen zu diesem Problem die Möglichkeit, in der Frage, wo Beurteilungsspielräume anerkannt werden können, Anhaltspunkte zu gewinnen. Das Bundesverwaltungsgericht erkennt in ständiger Rechtsprechung auf drei Rechts-

203) Kellner, Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 1962, 572 (575).

gebieten Beurteilungsspielräume an 203a), nämlich im Prüfungsrecht 204), im Beamtenrecht 205) und im Schulrecht 206).

Auf dem Gebiet der Prüfungsentscheidungen legitimiert das Gericht seine Ansicht mit dem nicht zu widerlegenden Argument, die Entscheidung des Prüfungskollegiums sei ihrer Natur nach unvertretbar. Zwar könne möglicherweise auch eine andere Stelle als das Kollegium ein Urteil über die Befähigung des Prüflings abgeben. Dieses Urteil sei jedoch keine Prüfungsentscheidung.

203a) BverwG DVBl 1968, 428 (429) erkennt ausdrücklich Beurteilungsspielräume nur noch bei Prüfungsentscheidungen, prüfungsähnlichen Entscheidungen und Werturteilen des Dienstherrn über Beamte an und bestätigt damit die Tendenz der neueren Rechtsprechung des Gerichts. Unter den Entscheidungen, die das Bestehen von Beurteilungsspielräumen auf anderen Gebieten verneinen, vgl. etwa: E 16, 116 (Verkehrsgefährdung); 17, 5 (Gefährdung der militärischen Ordnung); 18, 40 (Bedürfnis i.S. des § 5 nieders. SchulverwaltungsgG); 18, 247 (öffentliche Belange i.S. des § 35 Abs. 2 BBaugG); 18, 305 (Wehrtauglichkeit); DVBl 1965, 914 (künstl. hochstehendes Konzert); DVBl 66, 571 (Filmbewertung); DÖV 66, 722 (Denkmalswürdigkeit).

204) BverwGE 11, 165; 12, 359.

205) BverwGE 8, 192; 11, 139; 12, 29; 15, 39; 17, 267; 21, 127; Buchholz 237.1 zu Art. 63 Bay BG

206) BverwGE 5, 153; 8, 272.

Dieselbe Argumentation ist auch auf dem Gebiet des Schulrechts möglich. Die Parallele zwischen einer Prüfungsentscheidung und einer Versetzung oder einer Entscheidung über die Fähigkeit zum Besuch einer wissenschaftlichen Oberschule liegt auf der Hand.

Anders liegen die Fälle auf dem Gebiete des Beamtenrechts. Ob ein Beamter die Befähigung zur Erfüllung der mit seinen Amtsgeschäften ihm auferlegten Pflichten besitzt oder nicht, soll nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ²⁰⁷⁾ lediglich dem Dienstherrn zu beurteilen überlassen sein.

Dem kann sicherlich insoweit gefolgt werden, als der Dienstherr für ermächtigt angesehen wird, zu bestimmen, welche Anforderungen an den Beamten zu stellen sind ²⁰⁸⁾. Weshalb dagegen nur der Dienstherr soll entscheiden können, ob ein Beamter den einmal festgestellten Anforderungen

207) Vgl. oben Anm. 205.

208) So im Ergebnis BverwGE 11, 139 (140).

entspricht, bleibt unklar.

Die Auslegung des § 31 Abs. 2 BBG, daß "mangelnde Bewährung" im Sinne dieser Vorschrift wie "mangelnde Bewährung nach pflichtgemäßer Beurteilung des Dienstherrn" zu lesen sei ²⁰⁹⁾, findet - wenigstens im BBG selbst - keine Stütze.

Im Ergebnis wird sich die vom BverwGE vertretene Ansicht nur unter Hinweis auf das besondere Gewaltverhältnis und die Annahme halten lassen, der Gesetzgeber könne kaum gewollt haben, daß ein Hoheitsträger, der zur Erfüllung seiner Aufgaben auf seine Beamten angewiesen sei, bei der Auswahl dieser Beamten den Auffassungen anderer Stellen unterworfen sein solle ²¹⁰⁾.

Den drei genannten Fallgruppen ist gemeinsam, daß es sich um wertende Entscheidungen handelt. Nur bei solchen erkennt das Bundesverwaltungs-

209) So im Ergebnis BverwGE 11, 139 (140).

210) So Kellner, Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 1962, 572 (580).

gericht einen Beurteilungsspielraum an ²¹¹⁾).

Innerhalb von Tatsachen- oder Erfahrungsbe-
griffen dagegen wird der Verwaltung ein Be-
urteilungsspielraum nicht zugestanden.

Übertragen wir die Grundsätze dieser Recht-
sprechung vorsichtig auf das Bauplanungs-
recht, so wird klar, daß die Einräumung ei-
nes Beurteilungsspielraums zugunsten der pla-
nenden Gemeinde nur insoweit in Betracht kommt,
als es sich um die Abwägungsvorgänge handelt,
denn nur innerhalb der Abwägungen werden wer-
tende Entscheidungen getroffen.

Dennoch wäre es verfehlt, aus der Tatsache,
daß die planende Gemeinde bei der Abwägung
der privaten und öffentlichen Belange wertend
entscheidet, auf das Bestehen von Beurteilungs-

211) Vgl. dazu auch BverwGE 12, 20 (27) Per-
sonalgutachterausschuß der Bundeswehr als
ein Gremium von Persönlichkeiten, die
nach ihrem höchstpersönlichen Leitbild
die Geeignetheit der Bewerber beurtei-
len sollen.

spielräumen zu schließen, denn nach den bisherigen Erörterungen kommt die Zuerkennung eines Beurteilungsspielraums nur in Betracht, wenn sie dem gesetzgeberischen Willen entspricht. Die Notwendigkeit einer wertenden Entscheidung kann deshalb nur als ein Indiz angesehen werden. Liegt dieses Indiz vor, so bedarf es zur Anerkennung eines Beurteilungsspielraums der weiteren Feststellung, daß der Gesetzgeber der entscheidenden Stelle in Abweichung von der durch Art. 19 Abs. 4 GG getroffenen Regel die Befugnis zuerkennen wollte, letztverbindlich zu entscheiden.

Beispiele dafür, daß bei wertenden Entscheidungen durchaus nicht immer ein Beurteilungsspielraum besteht, bieten die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts zu den Fragen, ob ein Konzert als "künstlerisch hochstehend" im Sinne des Vergnügungssteuerrechts angesehen werden könne ²¹²⁾ und ob die Grundsätze über Prüfungsentscheidungen auf die Prädikate der Film-

212) BverwGE 21, 184.

bewertungsstelle anwendbar seien ²¹³⁾).

In beiden Fällen hat das Gericht ausgeführt, die Tatsache, daß bei Begriffen aus dem geistig-seelischen Bereich die Erkenntnismöglichkeit erschwert sei, rechtfertige allein noch nicht die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums. Vielmehr habe der Richter unter Zurückdrängung der eigenen subjektiven Einstellung und gegebenenfalls unter Zuhilfenahme Sachverständiger selbst zu entscheiden ²¹⁴⁾.

213) BverwGE 23, 194.

214) Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, daß das Gericht in Art. 7 der Verwaltungsvereinbarung der Länder über die Errichtung der Filmbewertungsstelle kein Hindernis der richterlichen Überprüfung der Entscheidungen der Filmbewertungsstelle gesehen hat (BverwGE 23, 194 (201) Art. 7 der Verwaltungsvereinbarung, durch den Gutachtern der Bewertungsstelle Weisungsfreiheit und Unabhängigkeit eingeräumt werden, wäre an sich seinem Wortlaut nach geeignet, die Annahme zu rechtfertigen, daß die Filmbewertungsstelle über den künstlerischen Wert der ihr zur Begutachtung vorgelegten Filme letztverbindliche Entscheidungen treffen solle. Soweit dies aber der Absicht der Länder bei Abschluß der Verwaltungsvereinbarung entsprochen haben sollte, so konnte auf dem eingeschlagenen Wege der erwünschte Erfolg nicht herbeigeführt werden, da es dazu einer gesetzgeberischen Entscheidung bedurft hätte. Hätte eine solche vorgelegen, so hätte das Bundesverwaltungsgericht zu prüfen gehabt, ob sie verfassungsrechtlich unbedenklich gewesen wäre.

Im Bauplanungsrecht findet sich nur *e i n e* Bestimmung, aus der sich möglicherweise die Entscheidung des Gesetzgebers für die Einräumung von Beurteilungsspielräumen herauslesen ließe: Nach § 2 Abs. 1 BBauG sind die Bauleitpläne von den Gemeinden in eigener Verantwortung aufzustellen. Aus dieser Bestimmung schließen Zinkhahn-Bielenberg ²¹⁵⁾ auf eine weitgehende Entscheidungsfreiheit der Gemeinde, die eine volle gerichtliche Kontrolle ausschließen soll.

Gegen diese Ansicht wendet sich in ständiger Rechtsprechung der VGH Baden-Württemberg, der auch innerhalb der Abwägungsvorgänge einen Beurteilungsspielraum der Gemeinde nicht anerkennt. Diese Auffassung wird erst in der neuesten Entscheidung des Gerichts zu diesem Problemkreis ²¹⁶⁾ damit begründet, daß die Gemeinde zwar in der Frage, welche Konzeption sie

215) § 1 Randnr. 63; Vgl. auch Gelzer, Das neue Bauplanungsrecht, 76 ff; Meyer-Stich-Titel, § 1 Randnr. 9.

216) DVBl 1967, 385 (386).

ihrer Bauleitplanung zugrundelegen wolle und wie sie ihre Planungshoheit handhaben wolle, weitgehende Freiheit genieße, da es sich insoweit um Gemeindepolitik und schöpferische Entwurfstätigkeit handele. Bei der Umsetzung der planerischen Vorstellungen in die Rechtswirklichkeit sei sie dagegen an die durch § 1 BBauG aufgestellten rechtlichen Schranken gebunden 217).

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Sie läuft daraus hinaus, daß es freilich der Gemeinde freigestellt sei, sich vorzustellen und zu planen, was sie wolle, daß aber die planerischen Vorstellungen insoweit unberücksichtigt zu bleiben hätten, als sie nach der Ansicht der Gerichte gegen § 1 BBauG verstießen. Um dieses Ergebnis zu erreichen, hätte es wohl kaum einer gesetzgeberischen Entscheidung bedurft, und es ist kaum anzunehmen, daß die ratio legislatoris dahin ging, der Gemeinde

217) Zustimmend Bartlsperger, Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates, DVBl 67, 360, 364 ff.

"Gedankenfreiheit" einzuräumen.

Dennoch braucht auch bei Ablehnung des Standpunktes des Baden-Württembergischen VGH auf einen Beurteilungsspielraum der Gemeinde nicht geschlossen zu werden. Wenn § 2 Abs. 1 BBauG bestimmt, daß die Gemeinde die Bauleitpläne in eigener Verantwortung erstellt, so liegt hierin in erster Linie eine Kompetenzverteilung, durch die klargestellt wird, daß es sich bei der Bauleitplanung um eine Selbstverwaltungsangelegenheit handelt. Diese Tatsache rechtfertigt jedoch lediglich den Schluß, daß die Gemeinde bei der Planung nur der Rechtsaufsicht unterworfen ist. Für die Frage der Beurteilungsspielräume sagt sie nichts aus.

Darüberhinaus wäre es auch nicht angängig, aus der Verteilung der Verantwortlichkeit für die Erledigung einer bestimmten Aufgabe auf die Zuerkennung von Beurteilungsspielräumen zu schließen. Grundsätzlich trägt etwa im Beamtenrecht ein jeder Beamte für seine Entscheidungen die Verantwortung. Aus der Tatsache, daß dieser

Grundsatz in § 56 Abs. 1 BBG Niederschlag gefunden hat, wird sicherlich niemand folgern wollen, daß dem Beamten bei jeder Entscheidung ein Beurteilungsspielraum zustehe.

Kann nach alledem dem Bundesbaugesetz eine gesetzgeberische Entscheidung für die Gewährung von Beurteilungsspielräumen nicht entnommen werden, so muß angenommen werden, daß sämtliche unbestimmten Rechtsbegriffe des § 1 BBAug der unbeschränkten Kontrolle durch die Gerichte unterworfen sind. Es ist demnach an den oben ²¹⁸⁾ gewonnenen Ergebnissen festzuhalten, die in den folgenden Thesen nochmals zusammengefaßt sind:

1. Es kann nachgeprüft werden, ob die planende Gemeinde von zutreffenden Feststellungen über die planungserheblichen öffentlichen und privaten Belange ausgegangen ist.
2. Es kann geprüft werden, ob die Abwägung der

218) Vgl. S. 109 f und 143.

privaten und öffentlichen Belange gegeneinander und untereinander unter Berücksichtigung des bauplanungsrechtlichen Übermaßverbots fehlerfrei durchgeführt worden ist.

3. Im Rahmen der Überprüfung der Abwägungsvorgänge ist auch eine Zweckmäßigkeitskontrolle zulässig und geboten. Stellt sich hierbei die Unzweckmäßigkeit eines planerischen Vorhabens heraus, so beeinträchtigt diese die Rechtmäßigkeit der Planung nur dann, wenn durch sie eine im Sinne der Ziffer 2 fehlerhafte Abwägung zustandegekommen ist.

IV. Zur Anwendbarkeit der gewonnenen Ergebnisse in der Praxis

Ist nach dem vorstehend zusammengefaßten Ergebnis der Untersuchung davon auszugehen, daß der Richter befugt ist zu prüfen, ob die Gemeinde die planungserheblichen privaten und öffentlichen Belange zutreffend festgestellt hat, und ob deren Abwägung unter Berücksichtigung des bauplanungsrechtlichen Übermaßverbots und unter Einbeziehung der Zweckmäßigkeitsprüfung richtig durchgeführt worden ist, so drängt sich schließlich die Frage auf, ob nicht die Gerichte überfordert werden, wenn die Ausübung dieser Befugnisse tatsächlich von ihnen verlangt wird.

Theoretisch kann nicht ausgeschlossen werden, daß etwa der Verwaltungsrichter bei der Entscheidung eines die Erteilung einer Baugenehmigung betreffenden Rechtsstreits einen gemeindlichen Bebauungsplan in vollem Umfang nachprüfen mußte. Hierzu würde gehören, daß er sich in sämtliche Detailfragen der Planung ein-

arbeitete, die Feststellung der privaten und öffentlichen Interessen nachvollzöge und schließlich die Abwägungsvorgänge unter Berücksichtigung der Zweckmäßigkeit der von den einzelnen Interessen getragenen Vorhaben prüfte.

Macht nämlich der Kläger etwa geltend, sein eigenes Interesse an der Erteilung der Baugenehmigung sei objektiv höherwertig als das von der Gemeinde höher bewertete entgegenstehende öffentliche Interesse, so wird sich eine materiell zutreffende Entscheidung aus der Abwägung der beiden genannten Interessen nicht gewinnen lassen. Selbst wenn nämlich die Auffassung des Klägers zutrifft, wenn also das Privatinteresse das von der Gemeinde höher bewertete öffentliche Interesse überwiegt, steht noch nicht fest, daß dem Kläger die Baugenehmigung erteilt werden muß. Da sämtliche planungserheblichen Belange gegeneinander und untereinander abzuwägen sind, besteht vielmehr die Möglichkeit, daß bei richtiger Abwägung zwar nicht das von der Gemeinde herausgestellte öffentliche Interesse, wohl

aber ein weiteres, von der Gemeinde ebenfalls falsch bewertetes Interesse, das Privatinteresse des Klägers verdrängt, hätte. In diesem Falle dürfte der Kläger trotz der im Ansatz zutreffenden Klagebegründung die Baugenehmigung nicht erhalten.

Gleiche oder doch ähnliche Probleme könnten sich dem Richter bei der Überprüfung eines jeden Abwägungsvorganges stellen. Da kaum jemals eine im Rahmen der Planung angestellte Abwägung ihrerseits von weiteren Abwägungen unbeeinflusst sein wird, kann eine mit Sicherheit zutreffende Entscheidung darüber, ob in einem konkreten Falle richtig abgewogen worden ist oder nicht, nur aufgrund der Überprüfung sämtlicher Abwägungen getroffen werden. Der Richter wird sich deshalb etwa im obigen Beispielsfall fragen müssen, ob er sich mit der Prüfung der Abwägung der beiden vom Kläger benannten Interessen begnügen darf, oder ob er wegen der theoretischen Möglichkeit des Bestehens eines dritten, höherwertigen Interesses den gesamten Plan zu überprüfen hat.

Wäre die zweite Möglichkeit die vom Gesetz geforderte, so würde in der Tat von den Gerichten Unmögliches verlangt. Unmögliches aber würde auch von der planenden Gemeinde gefordert werden; Wollten sie sich nach den gerichtlichen Erkenntnissen richten, so würde wegen der mit Sicherheit zu erwartenden divergierenden gerichtlichen Entscheidungen bald jede Planungs-tätigkeit zum Erliegen kommen. Als das kleinere Übel müßte es in diesem Falle angesehen werden, wenn die Gerichte nur dem offensichtlichen Mißbrauch der Planungsbefugnis steuerten und im übrigen die planerischen Entscheidungen respektierten.

Die Ansicht, daß bei jeder Entscheidung der gesamte Bebauungsplan überprüft werden müsse, könnte sich insbesondere dem Verwaltungsrichter aufdrängen, denn diesen trifft nach § 86 Abs. 1 VwGO die Pflicht zur Amtsermittlung. Wenn diese Pflicht tatsächlich eine derart weitgehende Überprüfung forderte, so könnte gegen die Ergebnisse dieser Untersuchung mit Recht eingewendet werden, sie seien schlechthin unpraktikabel. Ein solches Ver-

ständnis der Ermittlungs- und Prüfungspflicht würde jedoch den Zweck der Amtsermittlung verkennen:

Es darf nicht übersehen werden, daß die gerichtliche Aufklärung zunächst durch den Klagevortrag in eine bestimmte Richtung gelenkt wird. Begnügt sich die beklagte Gemeinde damit, die Stichhaltigkeit der Argumentation zu bezweifeln, bringt sie also keinen weiteren Prozeßstoff ein, der eine Aufklärung auch in anderer Richtung erforderlich erscheinen läßt, so wird sich das Gericht damit begnügen dürfen, das Vorgetragene und das etwa aufgrund des Vortrags ermittelte Material der Entscheidung zugrunde zu legen. Auch der Verwaltungsrichter kann davon ausgehen, daß die Parteien den ihnen günstigen Prozeßstoff so vollständig vortragen, daß andere als unmittelbar durch diesen Vortrag veranlaßte Ermittlungen von Amts wegen sich erübrigen ²¹⁹⁾. Wie § 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO zeigt,

219) Vgl. Lücke, Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsrecht, JZ 1966, S. 590.

sind die Parteien zur Mitwirkung bei der Ermittlung des Sachverhalts verpflichtet. Erst an diese Mitwirkungspflicht knüpft die Pflicht zur Amtsermittlung an, denn die richterliche Aufklärung kann erst dann erfolgen, wenn der Parteivortrag dem Richter einen Anhalts- und Ansatzpunkt zur Amtsermittlung gibt ²²⁰). Mit- hin endet die Aufklärungspflicht auch dort, wo die Mitwirkungspflicht beginnt ²²¹).

Für den obigen Beispielsfall bedeutet das: Der Richter darf sich mit der Abwägung der beiden aus dem klägerischen Vortrag ersichtlichen Interessen begnügen, es sei denn, aus dem Vortrag der Parteien ergibt sich ein Anhaltspunkt dafür, daß möglicherweise ein drittes, höherrangiges Interesse bestehen könnte, das dem Erfolg der Klage entgegenstehe. Fehlt ein solcher Anhaltspunkt, so ist der Richter nicht verpflichtet,

220) Vgl. OVG Hamburg, DVBl 1964, 328.

221) BverwGE Buchholz, 427 / 3, § 339 LAG, Nr. 118; sowie BverwG NJW 1964, 786.

von Amts wegen zu ermitteln.

Wenn auch in der Praxis der Prozeßstoff häufig umfangreicher sein wird als im Beispielsfalle, so lassen doch die obigen Erörterungen erkennen, daß die immerhin denkbare Notwendigkeit der Überprüfung des gesamten Bebauungsplanes kaum jemals eintreten wird. Es ist praktisch unmöglich, daß die Parteien den Prozeßstoff derart ausweiten, daß auch nur eine Überprüfung des wesentlichen Teils der Abwägungsvorgänge in Betracht kommt. Daß aber grundsätzlich die M ö g l i c h k e i t einer weitgehenden - in besonders gelagerten Fällen vielleicht sogar einer vollständigen 222) - Überprüfung gemeindlicher Bebauungspläne besteht, darf positiv gewertet werden: Schon die bloße Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung ist geeignet einem Mißbrauch der Planungsbefugnis entgegenzuwirken.

222) Eine solche Möglichkeit kann etwa bei der Überprüfung der Bebauungspläne kleiner Gemeinden oder bei der Überprüfung von Plänen bestehen, die nur für ein Teilgebiet der Gemeinde gelten.

Lebenslauf

Am 1.4.1938 wurde ich als Sohn des Arztes Dr. med. Johannes Giese und seiner Ehefrau Hedwig, geborene Felske, in Berlin geboren.

Ich besuchte die 17. Volksschule und anschließend die Georg-Herwegh-Schule in Berlin-Hermsdorf. 1957 bestand ich die Reifeprüfung.

Im Sommersemester begann ich das Studium an der juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 24.2.1965. Vom 1.4.1965 bis 31.3.1968 war ich Assistent am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht der juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin. Am 1.7.1965 begann ich den juristischen Vorbereitungsdienst im Kammergerichtsbezirk, der mit Ablegung der zweiten juristischen Staatsprüfung am 14.11.1968 endete.

Seit Dezember 1968 bin ich als Rechtsanwalt in Berlin tätig.

